

# Tilknytning til Norge som Oppholdsgrunnlag for Asylbarna

Kandidatnummer: 650

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 15028



## **FORORD:**

I'd like to write the foreword in English so that everyone that's supported and motivated me can understand it.

A big thank you to my mother, thank you for being the sole pillar in my life, for all the hard work and the sacrifices you've had to make for us. I thank you for relentlessly forcing me to put in an effort at school, who would have thought it would all culminate in me writing a masters paper in a foreign language? To my sister, brother, girlfriend and all my friends, I thank you for the support and belief you've had in me, not just the last few months but ever since I moved to Norway some 10 odd years ago.

A big thank you also to one of my heroes, and the man that inspired a young boy back in 1994 to dream of a career in the law, Nelson Mandela. Gone Tata but never forgotten, your teachings will be passed on for generations to come, my son and his son after that shall be told the story of a giant of history, that taught love not hate, light not darkness.

I would also like to thank the high school in Sykkylven, and all the teachers there, for teaching me the Norwegian language with patience and skill. All the good people I have met along the way during my time here have all in their own way contributed to my being here today, I thank you. A big thank you to my supervisor for all the good work and help she has given me. I thank my lecturers at the University of Oslo too, five years of excellent teaching has helped me a lot. All the good teachers I had in Kenya up until I was 15 years and moved to a far foreign land, I thank you for installing in me a work ethic and teaching me that hard work pays off.

This paper has been the most difficult and educational paper I have ever written, a lot of chopping and fixing has been done. Many late hours and many moments where I thought I couldn't possibly do it. I thank my good friend, Vegard, for looking at my grammar and spending many hours with me to help me improve it as best he could. I hope and pray that this paper will be looked upon as a good piece of work.

# Innholdsfortegnelse

<b>1.</b>	<b>OPPGAVENS FORMÅL, BAKGRUNN OG RAMME.</b>	<b>1</b>
1.1	Oppgavens bakgrunn og formål	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Asylbarn	2
1.4	Aktualitet	2
1.5	Oppgavens Ramme	3
<b>2</b>	<b>HISTORIKK, PRESISERINGER, DEFINISJONER OG RETTSKILDER.</b>	<b>3</b>
2.1	Utlendingsrett i Norge	3
2.2	Presiseringer og definisjoner	4
2.2.1	ASYL	5
2.3	Rettskilder	6
2.3.1	Utlendingsloven	7
2.3.2	Barnekonvensjonen art. 3	7
2.3.3	UDI	8
2.3.4	UNE	8
2.3.5	Domstolene	9
2.3.6	UNHCR og Andre internasjonale flyktnings organisasjoner	10
<b>3</b>	<b>UTLENDINGSLOVEN § 38</b>	<b>11</b>
3.1	Utlendingsloven § 38	11
3.2	Utlendingsforskrift §8-5	13
3.3	Barnekonvensjonen art.3	14
3.3.1	Hva ligger i hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonens art. 3?	14
3.3.2	Hvordan skal utlendingsforvaltningen vurdere barnets situasjon?	15
3.4	Tilknytning	18
3.5	Innvandringsregulerende Hensyn	20
3.5.1	Domstolenes vurdering av barnets beste og innvandringsregulerende hensyn	22
3.6	Forvaltningspraksis	23
3.7	UDI praksis	25

<b>4</b>	<b>OPPHOLD SOM TILKNYTNINGSGRUNNLAG .....</b>	<b>27</b>
4.1	Langvarig lovlig opphold .....	27
4.2	Langvarig ulovlig opphold .....	28
4.2.1	Ny avtale om lengeværende barn .....	30
4.3	Tilknytning til Norge opp mot tilknytning til hjemlandet.....	31
4.3.1	Myndighetenes vektlegging.....	33
4.3.2	RT. 2013-449.....	34
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>36</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>38</b>
6.1	Lover og forskrifter.....	38
6.2	Forarbeider og Instrukser.....	39
6.3	Nasjonalt rettspraksis.....	39
6.4	Juridisk litteratur .....	39
6.5	Juridisk artikler .....	39

## **Forkortelser**

<b>EMK</b>	Den Europeisk menneskerettighets konvensjon
<b>UNHCR</b>	United Nations High Commissioner for Refugees
<b>Utl.</b>	Lov om utledningers adgang til riket og deres opphold her
<b>Flyktning- konvensjon</b>	Konvensjon om flyktningers stilling.

# 1. OPPGAVENS FORMÅL, BAKGRUNN OG RAMME.

---

## 1.1 OPPGAVENS BAKGRUNN OG FORMÅL

Problemstillingen for oppgaven er i hvilken grad tilknytning til riket kan danne et grunnlag for asylbarnas opphold i Norge.

Tilknytning er et tema som har vært diskutert i media etter at den norske utlendingsforvaltningen har fattet vedtak der barn og voksne som har sterk tilknytning til Norge har måttet forlate landet. Barns rettigheter er et omdiskutert tema internasjonalt men barnas rettigheter står sentralt i folkeretten. Internasjonalt er det store forskjeller på hva tilknytning til landet betyr for en mulig oppholdstillatelse i landet.

Det har blitt satset stort på å få til lovverk og avtaler som regulerer internasjonale samarbeidsavtaler for blant annet flyktninger og asylsøkere. FN har stått i spissen for de fleste av disse avtalene og jeg kommer til å vise til en del av disse avtalene i denne avhandlingen. Det blir også en grundig gjennomgang av våre nasjonale lover og regler.

Formålet med denne avhandlingen vil være å prøve å gjøre rede for asylbarnas rettsstilling etter et lenger opphold, men særlig barn som har tilbrakt mesteparten av sitt liv i Norge uten at de er norske statsborgere.

## 1.2 AVGRENSNINGER

Fremstillingen vil sentrere seg rundt asylbarnas rett til opphold på grunnlag av tilknytningen de har fått til landet gjennom et lenger opphold. I avhandlingen vil asylbarnas tilknytningen til Norge og hjemlandet bli drøftet, og kort bli gjort rede for vilkårene for asyl. Beskyttelse for mennesker fra forfølgelse og andre asylrettslig problemstillinger faller utenfor denne avhandlingen. Spørsmålet om enslige mindreårige barn faller også utenfor denne avhandlingen.

### 1.3 ASYLBARN

Med asylbarn sikter man til barn som har kommet til Norge gjennom at foreldre har søkt asyl. Det kan også være barn som er født i Norge før eller etter at foreldrene har fått et endelig avslag på asylsøknaden. Disse barna befinner seg ulovlig i Norge ettersom familien har fått et endelig avslag på asylsøknaden. Forvaltningspraksis for asylbarna er særlig interessant for det reises flere ulike spørsmål, og det er i saksbehandlingen vi får den største avveiningen mellom innvandringsregulerende hensyn og kravet om å legge barnets beste til grunn.

Asylbarn er barn som befinner seg i landet uten gyldig oppholdsgrunnlag. Ordet brukes i norsk politikk om barn i en familie som søkt asyl, og som ikke har fått asyl eller opphold på annet grunnlag i Norge.

Tidsskriftet *kommunal rapport* definerer det som: asylbarn er barn som har søkt asyl i Norge, men det er først når et barn har fått endelig avslag på anerkjennelse som flyktning i Norge at det kalles et asylbarn. Med barn her menes det mennesker som ikke har fylt 18 år.<sup>1</sup>

### 1.4 AKTUALITET

Spørsmålet om hvordan asylbarn skal behandles og hvilken rettsstilling de har er både et aktuelt og debattert tema. Hvordan barna skal behandles har vært gjenstand for stor samfunnsdebatt, både i de lokale samfunn der barna har oppholdt seg og nasjonalt. Barn ses generelt på som uskyldige, og det fører til at forvaltningsvedtak som innebærer at asylbarn må forlate landet til det som ofte beskrives som forferdelige forhold i sine hjemland vekker sterke følelser blant befolkningen. Det at det ble foreslått et mistillitsforslag mot den nåværende Justis- og beredskapsministeren på grunn av asylbarnsakene viser bare hvor sårt temaet er. Det er også aktuelt med utlendingsrett generelt ettersom et av regjeringspartiene anklages for å være innvandringsfiendtlig. I forbindelse med endringer i utlendingsforskriften § 8-5 og vurdering av sterke menneskelige hensyn ved søknad om oppholdstillatelse for barn etter utlendingsloven § 38, har justis- og beredskapsdepartement i sitt ikraftredelsesrund-

---

<sup>1</sup> «Flere enn tusen asylbarn i Norge»

skriv gitt retningslinjer for vurderingen. Tolkning og iverksetting av denne forskriftsendringen og instruksen kommer naturlig nok også opp i debatten.<sup>2</sup> Det har i tillegg kommet nyere forskriftsendringer som forvaltningsmyndighetene skal prøve å være lojal mot i skjønnsutøvelsen.<sup>3</sup>

## 1.5 OPPGAVENS RAMME

I den følgende fremstillingen skal jeg i punkt 2 presentere historikken bak spørsmålet om tilknytning, samt definere hovedbegrepene og identifisere de nødvendige rettskildene. Med utgangspunkt i Norsk utlendingsrett vil jeg i punkt 3 vurdere om tilknytning til Norge kan danne et grunnlag for opphold i riket.

I punkt 4 kommer jeg til å analysere mulighetene for et asylbarn å bli tilkjent opphold i Norge på grunnlag av sin tilknytning til landet. I det 5. punktet vil jeg vurdere og konkludere fremstillingen med bakgrunn i det jeg har funnet igjennom oppgaven. Der kommer jeg også med noen personlige synspunkter.

## 2 HISTORIKK, PRESISERINGER, DEFINISJONER OG RETTSKILDER.

---

### 2.1 UTLENDINGSRETT I NORGE.

Utvikling av norsk utlendingsrett startet på begynnelsen av 1900-tallet. Frem til 1900-tallet var det i prinsippet fri innvandring til Norge. Utlendinger kunne stort sett ta arbeid og opphold hvor de ville i landet. Ved lov 4. mai 1901 ble det innført meldeplikt for utlendinger ved varig opphold. Loven åpnet til en viss grad for å kreve legitimasjon, men prinsippet om fri adgang gjaldt fremdeles, med mindre det var grunnlag for å utvise utlendingen.

---

<sup>2</sup> Rundskriv G-06/2014

<sup>3</sup> Forskrift av 15. Oktober 2009 nr. 1286 (utlendingsforskriften)



Den første egentlige utlendingslov er fremmedloven av 1927. Denne loven kom som følge av den store flyktningstrømmen som oppsto under og etter den første verdenskrigen. Dette bidro til innføringen av passtvang for utlendinger i 1917 og den nevnte fremmedloven i 1927. Fremmedloven bestemte at utlendinger som ville søke arbeid måtte få innvilget arbeidstillatelse før innreise. Det ble også innført regler om oppholdstillatelse og bortvisning. Fremmedloven ble som andre lover mer omfattende og detaljert i takt med rettsutviklingen. Fremmedloven ble erstattet av utlendingsloven i 1988, før dagens utlendingslov av 2008 trådte i kraft.

Et viktig tidsskille i norsk utlendingsrett er året 1975, da fikk vi den såkalte «innvandringsstoppen». Dette medførte en mer selektiv innvandringskontroll. Fra fremmedloven av 1956 og frem til begynnelsen av 1970-tallet hadde Norge hatt en liberal innvandringspolitikk. I utgangspunktet ble arbeidstillatelse innvilget til alle utlendinger som skaffet seg arbeid. Dette var noe som førte til stor innvandring.

Utlendingsretten etter 1975 og fram til i dag bygger på et tillatelsessystem. Det vil i utgangspunktet si at søkeren må ha en tillatelse for innreise og opphold i Norge. For kortvarig opphold inntil 3 måned må du normalt ha visum, men ved lengre opphold kreves en formell oppholdstillatelse. For å kunne få en slik tillatelse må du ha særskilt grunnlag f.eks. arbeid, studier, familie, beskyttelse eller tungtveiende humanitære grunner. Det er også noen enkelte bestemmelser i utlendingsloven som er rettighetsbestemmelser. De gir rett til en tillatelse dersom søkeren oppfyller lovens vilkår. Et eksempel er asylbestemmelsen i utlendingslovens § 28 (oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl)).

## 2.2 PRESISERINGER OG DEFINISJONER.

Utlendingsrett er en samlebetegnelse på de rettsregler som særlig angår utlendingers rettsstilling i Norge. Med utlending er menes det enhver person som ikke er norsk statsborger, jf. Utlendingsloven av 2008 (heretter ut.) §5 første ledd. Utlendingsretten handler i hovedsak om utlendingers adgang til innreise, opphold og rettsstilling i Norge.

Utlendingsretten ligger i brytningen mellom jus og politikk, individ og stat, beskyttelse og kontroll, norske og internasjonale regler. Øyvind Dybvik Øyen betegner det som en vev av kryssende interesser og behov.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Betegnelsen er hentet fra «lærebok i Utlendingsrett» av Øyvind Dybvik Øyen.

Utlendingsrett er et krevende rettsområde ettersom det stilles høye krav til grundighet og presisjon i forvaltningen. Dette er på grunn av at myndighetenes vedtak ofte er svært inngripende for det enkelte individ. Vedtakene kan ha store ringvirkninger for familie, venner og den lokale samfunnet. Det er dessuten et rettsområde som krever at man kan utvise skjønn, ettersom loven er vag og åpen for tolkninger. Utlendingsretten er og omdiskutert pga. den store allmenne interessen. Dette er et rettsområde som er mye omtalt i media, og samfunnsdebatter omkring dette blusser stadig opp. Rettsområdet vekker sterke følelser og et stort engasjement og språkbruken i debatten kan til tider være hard. Det finnes folk som mener at innvandringspolitikken er altfor streng, mens andre mener at den er alt for liberal. Den er også krevende fordi den er veldig dynamisk og er et rettsområde som er i stadig forandring.

Det skal videre i avhandlingen vises til asylbarnas tilknytning til riket, og da vil jeg bruke definisjoner mht. dette temaet. Asyl- og flyktningrett er en viktig del av utlendingsretten. For å kunne få asyl må en bli anerkjent som flyktning.

### 2.2.1 ASYL

En redegjørelse av asylbegrepet er viktig for fremstillingen ettersom spørsmålet om retten til opphold for barn med lang oppholdstid i Norge, får som oftest størst betydning i asylsaker der familien ikke oppfyller vilkårene for flyktningstatus. Retten til asyl reguleres av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a og b, der vilkårene for beskyttelse ikke er oppfylt fremgår det av bestemmelsens syvende ledd at forvaltningen av eget initiativ skal vurdere om tillatelse etter lovens § 38 kommer til anvendelse. Lovens § 38 er subsidiærbestemmelse som kun får anvendelse når de «øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt», herunder de vilkårene i § 28 ikke er oppfylt. I en asylsak vil det si at myndighetene anser det som trygt for søkeren og returnere til hjemlandet, men der det vurderes subsidiært hvorvidt det likevel foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket» som tilsier at asylsøkeren likevel gis opphold i Norge.

Begrepet asyl betyr fristed eller tilfluktssted. Den som søker asyl må først bli anerkjent som flyktning av norske myndigheter. Får man innvilget asyl så er en ikke lenger asylsøker men flyktning. Om man får endelig avslag på asylsøknaden, er en ikke lenger asylsøker men vanlig utlending. Da gjelder de generelle bestemmelsene i utlendingsloven. Det er her viktig å presisere at ethvert menneske har rett til å forlate hjemlandet og søke asyl i et annet land. Dette er en grunnleggende menneskerett. Retten til å søke asyl er nedfelt i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 art. 14: «Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution»

Asyl er et rettskrav. Derfor er utlendingsloven § 28 en rettighetsbestemmelse. Oppfyller en vilkåra for flyktningstatus, skal en anerkjennes som flyktning etter første ledd. Da vil man ha rett til asyl etter andre ledd. Myndighetene kan da ikke nekte deg asyl på grunn av andre forhold. Det har vært debatt om noen asylsaker som mulig kunne ha ført til stor innvandring, men innvandringsregulerende hensyn er strengt forbudt i asylvurderingen. Det er ingen asylkvoter i Norge, alle flyktninger som befinner seg lovlig i Norge skal få innvilget asyl hvis de søker det.

Bare flyktninger har rett til asyl. Asyl er ikke det samme som en oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. En har en bedre rettsstilling om man får innvilget asyl etter utl. § 28, enn om en får opphold på humanitære grunnlag etter utl. § 38. For asylbarna vil vilkårene etter lovens § 28 ikke være oppfylt, avhandlingen vil derfor videre dreie seg om vilkårene etter § 38.

## 2.3 RETTSKILDER.

Den sentrale rettskilden i norsk utlendingsrett er utlendingsloven av 2008. Utlendingsrett er en spesiell del av forvaltningsretten. Utlendingslovens regler suppleres dermed av reglene i forvaltningsloven. Utlendingsforskriften av 2009 inneholder detaljerte regler om rett til innreise og opphold. Forskriftene utfyller lovens bestemmelser, forskriftene trådte i kraft samtidig som loven.

En annen viktig kilde til forståelse av utlendingsloven er lovens forarbeidene. De viktigste forarbeidene er utlendingslovutvalgets utredning og utkast til ny lov i NOU 2004:20, Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag og kommentarer til ny lov i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) og kommunal- og forvaltningskomiteens innstilling til Odelstinget i Innst. O. nr. 42 (2007-2008).

En annen sentral rettskilde er rettspraksis. Domstolenes avgjørelser har stor betydning også i utlendingsretten og for tolkning av loven. Det har i nyere tid kommet en rekke prinsipielle avgjørelser fra Høyesteretten. Det gjelder blant annet opphold på humanitært grunnlag i § 38. Juridisk teori har også en viss rettskildemessig vekt.

Internasjonal rett er også av betydning for utlendingsretten. Vi vet at om det skulle oppstå motstrid mellom en norsk regel og en internasjonal regel, er utgangspunktet at den norske regelen går foran. På utlendingsfeltet er det derimot annerledes. Internasjonale regler er en del av utlendingsretten,

såfremt de er bindende for Norge og til gunst for utlendingen. Dette følger av utl § 3. «Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.»

De folkerettslige forpliktelser som Norge har er også en sentral rettskilde i utlendingsretten. De tre sentrale kilder i utlendingsretten er konvensjoner, sedvane og alminnelige rettsprinsipper.

- Konvensjoner er folkerettslig bindende avtaler mellom stater eller internasjonale organisasjoner. Andre ord for konvensjoner er: traktat, overenskomst og pakt.
- Internasjonal sedvanerett er fat og ensartet praksis som utøves av statene i den tro at de er rettslig forpliktet til det. Internasjonal sedvanerett utvikler seg over tid. Det er derfor vanskelig å fastslå når nøyaktig det oppstår en rettighet. Visse rettigheter er likevel basert på sedvanerett, bl.a. vern mot slaveri, folkemord, systematisk rasdiskriminering mm.
- Alminnelig rettsprinsipper er felles prinsipper som statene har anerkjent og fulgt i nasjonal rett. Noen rettigheter er så grunnleggende at de anses ufravikelige. De har høyere rang enn andre folkerettslig regler.

Flyktningkonvensjonen av 1951, Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950(EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), torturkonvensjonen av 1984 (TK), barnekonvensjonen av 1989 (BK), FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 1979 (KDK) er alle eksempler på sentrale konvensjoner.

### 2.3.1 Utlendingsloven

Den sentrale rettskilden i utlendingsfeltet er lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, heretter utlendingsloven, av 15. mai 2008 nr. 35. For personer som søker asyl er det utl. § 28 hovedbestemmelsen. Asylsøkere, herunder barn, som ikke har fått innvilget sine søknader om asyl, vil i tillegg få sine saker vurdert etter lovens § 38. Herunder vilkårene og momentene som i vurderingen om tilknytning kan danne et oppholdsgrunnlag for barna, reguleres av utl. § 38 og de tilhørende bestemmelsene i utlendingsforskriften, særlig forskriftens § 8-5.

### 2.3.2 Barnekonvensjonen art. 3

Av utlendingslovens § 38 tredje ledd skal hensynet til barnets beste tillegges vekt, det er her barnekonvensjonen art. 3 får anvendelse.

Ettersom det er asylbarnas rettsstilling det er snakk om så er FNs barnekonvensjon en sentral rettskilde, den har til hensikt å sikre alle barnas rettigheter og den er ratifisert av Norge. Barnekonvensjons art. 3 er inntatt som norsk lov og den stipulerer at «ved alle handlinger som berører barn, enten det foretas av offentlig eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»<sup>5</sup> Forvaltningsorganer som behandler og må fatte vedtak som omhandler barn er dermed pliktig til å legge barnets beste hensyn til vurdering.

Rettighetene som følger av barnekonvensjonen er politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle og gjelder alle under 18 år.

### 2.3.3 UDI

Utlendingsdirektoratet (UDI) er den sentrale etaten i utlendingsforvaltningen. UDI skal sette i verk og bidra til å utvikle innvandrings- og flyktnings politikken til regjeringen.

UDI skal legge til rette for ønsket og lovlig innvandring og sørge for at de som oppfyller vilkårene, for komme til Norge. De har samtidig en kontrollfunksjon og skal sørge for at systemet ikke blir misbrukt.

De behandler søknader om beskyttelse (asyl), besøksvisum, familieinnvandring, oppholdstillatelse for å arbeide og studere, statsborgerskap, permanent oppholdstillatelse og reisedokumenter. De fatter også vedtak om bortvisning og utvisning.

De behandler søknader om asyl og sørger samtidig for at asylsøkerne har et sted å bo mens søknaden behandles, de er og ansvarlig for å legge forhold til rette for de som vil reise tilbake til hjemlandene sine.<sup>6</sup>

### 2.3.4 UNE

Utlendingsnemnda (UNE) er en politisk uavhengig klageinstans for utlendingssaker som ligger under justis- og beredskapsdepartementet. Departementet kan allikevel ikke instruere dem om lovtolkning, vurdering eller avgjørelser i enkeltsaker (unntatt saker av stor nasjonal interesse eller utenrikspolitisk hensyn t.d. Mulla Krekar instruksene). Styringen hos de må skje gjennom lov og forskrift. Utover

---

<sup>5</sup> FNs Barnekonvensjon art.3 (Norsk oversettelse)

<sup>6</sup> [www.udi.no](http://www.udi.no) om oppgavene til UDI.

dette kan departementet instruere dem om prioriteringer av saker og om organisatoriske og administrative forhold. UNE er å anse som domstol etter EMKs system, og nemndas vurdering bygger på en «nåtid».

### 2.3.5 Domstolene

Forvaltningens skjønnsvurdering er i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvingsrett, vedtakene kan bare prøves etter de alminnelige regler om domstolskontroll med forvaltningens frie skjønn jf. RT 2009 s.851 avsnitt 43. Domstolene skal kontrollere at forvaltningens vedtak er fattet med rett materiell, personell og prosessuelle kompetanse. Det er en viktig rettsikkerhetsgaranti at domstolene kan prøve forvaltningens vedtak som innebærer inngrep overfor enkeltpersoner. Et viktig unntak fra dette er at domstolene ved slik legalitetskontroll ikke kan prøve forvaltningens frie skjønn. Det er særlig når ordet kan følger av lovens ordlyd at forvaltningen har adgang til å legge sin egen vurdering til grunn.

Utl. § 38 er en slik bestemmelse der forvaltningen må vurdere fakta i den enkelte sak og legge sin vurdering til grunn. Selv om det foreligger sterke menneskelig hensyn eller sterk tilknytning til riket så «kan» forvaltningen fritt velge den løsningen som anses hensiktsmessig, og dette valget kan ikke overprøves av domstolene så lenge det ikke er gjort en vurdering som er åpenbart urimelig eller om inngrepet er uforholdsmessig, det er tatt hensyn til utenforliggende hensyn eller om resultatet av vurdering er grovt feil.

Når det gjelder mulighetene for et opphold på humanitært grunnlag er flere vurderings momenter og relevante hensyn regulert i utlendingsforskriften av 2009, og det ligger innenfor domstolenes prøvelsesretten, som kan kontrollere om forvaltningen har tolket forskriftene riktig. Dette fører til at forvaltningens frie skjønn blir noe innskrenket.

Når det gjelder barnets beste, som har en forankring i barnekonvensjonen, skal domstolene, ifølge utl. § 3, kontrollere at forvaltningens praksis er forenlig med Norges folkerettslig forpliktelser. Domstolene har plikt til å kontrollere at loven er i samsvar med menneskerettighetskonvensjonene. Opphold i Norge er ikke en menneskerettighet men retten til en familieliv er en menneskerettighet. Her kan det oppstå situasjoner der å innvilge opphold til et barn der foreldrene ikke har fått oppholdstillatelse vil krenke barnets rett på et familieliv etter EMK art. 8. Retten til et familieliv faller utenfor oppgavens rammer, men dette vil bli drøftet lenger ned når hensynet til barnets beste skal redegjøres.

Det har i rettspraksis og juridisk teori vært diskutert om dette med barnets beste bør være gjenstand for utvidet domstolsprøving. I RT. 2009 s. 1261 har dommerne vist til Terje Einarsen som hevder at:

«fremgår likevel av sammenhengen med utl. § 4 at domstolene i tillegg kan - og etter omstendighetene plikter å - kontrollere at forvaltningens skjønnsutøvelse er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser.» Han referer her til den gamle utlendingslovens § 4, tilsvarende dagens § 3. Videre legger Einarsen til at: «Et spørsmål i denne forbindelse er om domstolene alltid kan prøve saksbehandlingen, bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen hva angår den del av skjønnsvurderingen i saken som gjelder det obligatoriske hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 3, når saken berører et mindreårig barn. Mye taler for at domstolene bl.a. må kunne prøve forvaltningens forståelse av hva begrepet 'barnets beste' betyr i denne sammenheng, og at domstolene i tillegg kan - og ex officio skal - føre kontroll med at hensynet til barnets beste uttrykkelig er blitt vurdert og forsvarlig veid opp mot de motstående hensyn i saken.» Einarsen problematiserer hvorvidt domstolene alltid kan prøve saksbehandlingen, rettsanvendelsen, bevisbedømmelse og skjønnsvurderingen i saker som gjelder hensynet til barnets beste. Han kommer til at mye taler for at domstolen må kunne prøve forvaltningens forståelse av begrepet «barnets beste». Førstvoterende Stabel gir, i avsnitt 77, sin tilslutning til dette synet med den presisering at mens domstolene kan vurdere forvaltningens generelle forståelse av barnets beste og om hensynet er forsvarlig vurdert og avveid opp mot motstående hensyn hører den konkrete vurderingen av barnets beste og den konkrete interesseavveiningen under forvaltningens frie skjønn.

### 2.3.6 UNHCR og Andre internasjonale flyktnings organisasjoner

UNHCR og de andre flyktnings organisasjoner er relevant for fremstillingen min ettersom de er organisasjonene som har spisskompetanse når det gjelder flyktninger. Det er de som kan kaste lys på forholdene i de forskjellige land der asylsøkere kommer fra, og det er de som vet hvem som er mest utsatt i de forskjellige land. Det er de som kommer med de fleste internasjonale erklæringer og anbefalinger om hvordan flyktninger fra forskjellige land skal behandles.

Man kan også betrakter internasjonale erklæringer og anbefalinger som rettskilder i utlendingsretten selv om de ikke er folkerettslig bindende. De gir ikke i seg selv rett til vern eller opphold, men spiller en viktig rolle på utlendingsfeltet gjennom: bidrag til utviklingen av internasjonal rett, de kan brukes som tolkningsfaktorer og angi innholdet i en internasjonal regel. De viktigste anbefalinger kommer ofte fra UNHCR. Dette er fastsatt i flyktningkonvensjonen art. 35 nr.1 at UNHCR skal føre tilsyn med statenes anvendelse av konvensjonen. Når det gjelder Norsk rett så er det særlig to typer av anbefalinger fra UNHCR som har betydning: uttalelser om tolkningen av flyktningbegrepet (tolkningsanbefalinger) og uttalelser om beskyttelse av asylsøkere fra bestemte land (landspesifikke anbefalinger).

Anbefalinger fra UNHCR er ikke rettslig bindende men tillegges generelt stor vekt i norsk rett. Dette gjelder både rettslige og landspesifikke anbefalinger. Høyesterett påpeker at UNHCR håndboken «generelt bør tillegges atskillig vekt», jf. RT. 2010 s. 858.

UNHCR håndboken gir en samlet fremstilling av flyktningbegrepet og har blitt tillagt stor vekt over lang tid og den er utarbeidet av folk med høy fagkompetanse. Håndboken har større vekt hvis de fraråder retur av sikkerhetsmessige grunner enn av humanitære grunner. UNEs stornemnd uttalte i et vedtak om Afghanistan<sup>7</sup> at anbefalinger «basert på rene humanitære vurderinger har utlendingsforvaltningen stilt seg friere i forhold enn anbefalinger om beskyttelse av sikkerhetsmessige grunner».

Anbefalingers vekt bestemmes også av anbefalingens klarhet, grundighet og aktualitet. Det er viktig at anbefalingen gjenspeiler den faktiske situasjon og anbefalingene blir derfor oppdatert fortløpende. UNE stornemnda uttalte i det førnevnte vedtak at vekten avhenger av «anbefalingens klarhet og antatte faglige kvalitet, herunder hensyntatt omfanget av UNHCRs tilstedeværelse og arbeid i asylsøkerens hjemland, samt eksistensen av alternative kilder og andres kvalifiserte vurderinger av situasjonen».

## 3 UTLENDINGSLOVEN § 38

---

### 3.1 UTLENDINGSLOVEN § 38

Det følger av ordlyden i utl. § 38 at: *Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.* Det følger videre av samme bestemmelse at: *Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.* Det vil bli redegjort om begge disse sentrale bestemmelser videre i oppgaven.

Departementet har uttalt følgende når det gjelder opphold på humanitært grunnlag: «Bestemmelsen må tolkes i lys av de grunnleggende politiske målsettinger. Departementet har uttalt at det skal føres en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningpolitikk, som tar særlig hensyn til spesielt sårbare grupper, uten at det innvilges oppholdstillatelse til vesentlig flere søkere enn i dag eller føres en særegen praksis i forhold til andre europeiske land som på sikt vil overvelde norske mottak.»

---

<sup>7</sup> Avgjørelse i UNE stornemnd Juli 2007 (<http://praksis.une.no/praksis/4327852063.html>)



For asylbarna, som nevnt ovenfor, er hovedbestemmelsen for at de skal kunne få opphold utl. § 28. Det er forutsatt at disse barna har foreldre som ikke har fått status som flyktning og heller ikke fått asyl etter vilkårene som følger av bestemmelsen. Når søkeren har fått avslag skal vedtaksmyndigheten, etter lovens ordlyd, av eget tiltak vurdere om bestemmelsene i § 38 skal anvendes. Det er her «særlig tilknytning» kan danne et grunnlag for et videre opphold i landet. Dette vil si at bestemmelsen er et subsidiær vurderingsgrunnlag og ikke et søknadsgrunnlag i seg selv.

Bestemmelsen er en videreføring av §8 i utlendingsloven fra 1988, men er langt mer detaljert og informativ. Vilåårene som framsatt i første ledd viderefører innholdet i den gamle §8, mens annet til fjerde ledd angir de momentene som vil gjøre seg gjeldende i skjønnsvurderingene. Lovens forarbeider gir langt større veiledning enn tidligere. Hensikten med dette er å gi klare rammer for skjønnsutøvelsen. «Utvalget mente at en tydelig angivelse av momentene i lovteksten ville ha pedagogisk verdi og kunne bidra til likebehandling i forvaltningen, jf. *NOU s. 264*. Dette var særlig viktig ettersom Utlendingsnemnda (UNE) bare kan instrueres gjennom lov eller forskrift, jf. *prp. s. 153*.»<sup>8</sup>

Utl. §38 er en «kan» bestemmelse, det kan gis oppholdstillatelse dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Søkeren har ikke et rettskrav på tillatelse selv om det foreligger «sterke menneskelige hensyn» eller sterk tilknytning til landet. Om dette skal gis, må det vurderes av forvaltningen etter en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av blant annet innvandringsregulerende hensyn.<sup>9</sup>

Når det gjelder de folkerettslige forpliktelser og hvorvidt denne bestemmelsen har folkerettslig preg kommenterer Øyvind Øyen og Vigdis Vevstad: «Som det fremgår av forarbeidene til loven § 28, skal flyktningstatus gis til personer som ved retur til hjemlandet vil være utsatt for forfølgelse som gir grunnlag for beskyttelse etter internasjonale konvensjoner, jf. prp. s.146. Reglene i § 38 har derimot et nasjonalt utspring. Norge er ikke folkerettslig forpliktet til å gi oppholdstillatelse av humanitære grunner. Bestemmelsen ligger likevel ikke helt utenfor rammen av Norges folkerettslige forpliktelser. De internasjonale menneskerettighetene kan gi visse føringer for skjønnsutøvelsen, jf. loven § 3. Dette gjelder for eksempel Barnekonvensjonen av 1989 artikkel 3. Videre har lovgiver bestemt at §38, og ikke § 28 første ledd bokstav b, skal anvendes i de tilfeller hvor retur vil være folkerettsstridig fordi utsendelsen i seg selv må karakteriseres som umenneskelig behandling uten at det er fare for overgrepshandlinger. Det kan gjelde ekstraordinære forhold knyttet til utlendingens helsesituasjon,

---

<sup>8</sup> Vigdis Vevstad (2010)

<sup>9</sup> Ot.prp.nr.75(2006-2007) s. 420

jf. NOU s.393 og prp. s. 95 og 146, sml. Den europeiske menneskerettsdomstolens avgjørelse i D mot Storbritannia (1997).»<sup>10</sup>

### 3.2 UTLENDINGSFORSKRIFT §8-5

Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, følger det av utf. §8-5 at barnets tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt.

Når det gjelder barn har utlendingsforskriften § 8-5 blitt særlig aktuell. Endring i forskriftsbestemmelsen og etterfølgende instruks fra justis- og beredskapsdepartement har til og med ført til et midlertidig stopp i uttransportering av barnefamilier etter stortingsinstruks av 20.03.2015, slik at alle vedtak om utvisning som tidligere var avgjort uten å vurdere forskriften skal vurderes på nytt. Etter forskriftens ordlyd skal barnets tilknytning til riket tillegges særlig vekt.<sup>11</sup> Barnets opphold i Norge, sammenholdt med barnets alder, skal være et grunnleggende hensyn. Det er framsatt flere momenter som kan bidra til å styrke barnets rettsstilling i en eventuelle avveining mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn.

Videre skal det legges vekt på andre momenter som for eksempel barnets behov for stabilitet og kontinuitet, barnets fysiske og psykiske helsetilstand. Tilknytning til familie, venner og nærmiljø både i Norge og i hjemlandet skal tillegges vekt, og dessuten hvilken omsorgssituasjon barnet ville fått om det ble returnert til hjemlandet.

§ 8-5 skiller mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn jf. § 38 fjerde ledd, ifølge forskriften. Som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn regnes blant annet foreldrenes medvirkning til avklaring av egen identitet.<sup>12</sup> Det er i tilfeller som gjelder foreldrenes medvirkning hvor forvaltningsorganers skjønnsutøvelse kommer til grunn, da det blir da en skjønnsvurdering om hvor mye dette skal telle når spørsmålet om hvor godt barnet oppfyller vilkårene som er framsatt i § 8-5. Forskriften er viktig, og jeg mener at den vil føre til en endring i hvordan vedtak fattes i fremtiden, på grunn av dens fjerde ledd som lyder: «Jo sterkere barnets tilknytning etter første ledd er, desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.» Det har blitt fattet vedtak der barnet har hatt veldig sterk tilknytning til landet, men allikevel

---

<sup>10</sup> Kommentartutgave til Utl. §38 (2010)

<sup>11</sup> Utlendingsforskriften § 8-5.

<sup>12</sup> Se punkt 3.4

blitt sendt ut på grunn av innvandringsregulerende hensyn. I en sak der det forelå ganske sterk tilknytning, men også tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, ble barnets beste vurdert slik: «Videre ble hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 og utlendingsloven § 38 tredje ledd vurdert. Barnets beste ble ikke ansett å være til hinder for retur til Jemen».<sup>13</sup> Det er derfor viktig å sette seg inn i hva som ligger i hensynet til barnets beste og hvilken innvandringsregulerende hensyn som kan gjør seg gjeldende i vurderingen før et vedtak.

### 3.3 BARNEKONVENSJONEN ART.3

#### 3.3.1 Hva ligger i hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonens art. 3?

Tolkningen av barnekonvensjonens art. 3 er viktig i spørsmålet om tilknytning, særlig for asylbarna, ettersom det ofte kan reises spørsmål om hvor mye foreldrenes opptreden skal ha innflytelse på barnets rettsstilling. Før vi går inn på tolkningen av art. 3, er det verdt å ta med seg at konvensjonens ordlyd tilsier at konvensjonen skal respekteres og implementeres for hvert barn uten diskriminering og uten hensyn til foreldrene, etter art. 2.

FNs konvensjon om barns rettigheter, barnekonvensjonen, ble fattet i 1989 og var den første konvensjonen som tok for seg barnets behov for beskyttelse og omsorg. Den er rettslig bindende for de statene som har valgt å ratifisere den. Konvensjonen trådte i kraft 2. september 1989 og ble ratifisert av Norge i 1991. FNs Komité for barnets rettigheter overvåker at statene etterfølger konvensjonen. Denne komitéen har, i generell kommentar nr. 5 «General Measures of Implementation» fra 2003, fremhevet i introduksjonen at konvensjonen bygger på fire generelle prinsipper som også skal få betydning ved tolkningen av konvensjonens resterende artikler. De fire prinsippene er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste, artikkel 6 om barnets iboende rett til liv og utvikling og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt i saker som berører en selv.

Artikkelen viser at enhver handling foretatt av offentlig eller private velferdsinstitusjoner, domstolene og administrative eller lovgivende organer, skal ha barnets beste som en grunnleggende hensyn. Ved tolkningen av resten av konvensjonen er det derfor rimelig å anta at barnets beste skal legges til grunn. Hva som er barnets beste vil kunne variere fra tid til annen og vil avhenge av hvert barn. Det at prinsippet er noe abstrakt vil gjøre at hvert enkelt land må vise skjønnsutøvelse, noe som gjør at konvensjonen kan tolkes og praktiseres annerledes fra land til land. Selv om det er relativt hva som er

---

<sup>13</sup> TOSLO-2014-39885

til barnets beste, bør vurderingen bygge på de verdier som er grunnleggende for barnekonvensjonen så vel som FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948. Konvensjonen pålegger forvaltningen så vel som domstolene å ta hensyn til hva som er barnets beste og hvordan lovene og avgjørelse påvirker dette.

Konvensjonen er ratifisert av 194 land, mens Somalia og USA fortsatt vurderer ratifikasjon<sup>14</sup>. Dette peker på at det å beskytte barn og ivareta deres interesse er noe som er anerkjent verden over. Det er allikevel slik at barnekonvensjonen fortsatt er bygd på et prinsipp om at alle barn skal ha et godt liv og få god omsorg, men det er på langt nær alle land som håndhever prinsippene i barnekonvensjonen slik den er ment. Bruk av generelle prinsipper til å beskytte enkeltindividets menneskeverd er allikevel ikke helt uproblematisk, noe Graver hevder i sine generelle observasjoner om prinsipper som rettslige normer. Han påpeker at «Prinsipper fremstår ofte som temmelig luftige fenomener, som gir risiko for at de reelle beveggrunner bak et standpunkt ikke kommer frem. Prinsipper kan bli så generelle og abstrakte at de savner konkret innhold, og gir dårlig grunnlag for å begrunne et standpunkt. Man kan rett og slett ikke vite hva en retts anvender har lagt vekt på av hensyn, mot hensyn og konkrete omstendigheter når en avgjørelse begrunnes med henvisning til et prinsipp. Argumentasjon ut fra prinsipper kan på dette grunnlag bidra til å tilsløre rettens reelle karakter»<sup>15</sup>

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven og Norge har en plikt til å vektlegge barnets interesser. I nasjonal lovgivning kommer prinsippet om barnets beste først og fremst til uttrykk i sammenhenger hvor forholdet mellom barn og foreldre på ulike måter skal reguleres. Det er imidlertid på det rene at barnets beste er et grunnleggende hensyn som skal tillegges vekt i saker om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, dette fremgår uttrykkelig av utl. §38 tredje ledd. Den konkrete vurderingen i utlendingssaker foretas av forvaltningen ved Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE).

### 3.3.2 Hvordan skal utlendingsforvaltningen vurdere barnets situasjon?

Forvaltningen har et lovfestet ansvar, etter forvaltningslovens §17, å påse at hver sak er så godt opplyst som mulig før de kan treffe et vedtak. De må innhente opplysninger fra andre myndigheter som har med barnet og gjøre.

---

<sup>14</sup> Globalis.no

<sup>15</sup> Graver (2006)

Alle barn har behov for omsorg, trygghet, stabilitet og utvikling. Dette er de sentrale hensyn i vurderingen av barnets beste. Men det er slik at det som er det beste for et barn ikke nødvendigvis er det beste for andre barn. Med barn menes alle som er under 18 år, og barn kan ha ulike behov ut fra alder, kjønn, modenhet, oppvekst, familie- og omsorgssituasjon og sosiale forhold i hjemlandet. I de fleste tilfeller vil barnet få det bedre i Norge, f.eks. en større grad av frihet og trygghet, bedre skolegang, generelt høyere levestandard og bedre helsetilbud. Samtidig skal det å vokse opp i sitt primære miljø med kjent språk og kultur, omgitt av familie, slekt og venner ikke undervurderes.

Hvor hensynet til barnets beste likevel taler for at barnet ville fått det bedre i Norge enn ved en eventuell retur til sin opprinnelige hjemland har stortingets flertall understreket at:

«... at det gjelder en lavere terskel for å innvilge tillatelse til barn enn til voksne. Barn er generelt mer sårbare enn voksne og etter en konkret vurdering kan det være grunn til å innvilge oppholdstillatelse selv om det ikke foreligger et beskyttelsesbehov eller humanitær forhold som ville gitt oppholdstillatelse for voksne.»<sup>16</sup>

Det regjeringen i denne innstillingen understreker gjenspeiler det som følger av barnekonvensjonens art. 3 nr.1.

Etter konvensjonens ordlyd og forarbeider er barnets interesser et grunnleggende hensyn, men barnets interesser skal veies om mot andre hensyn. I RT. 2009 s. 1216 uttalte Høyesterett at: «Uttrykket «a primary consideration» innebærer rent språklig at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet i saker som berører barns interesser. Dette bekreftes også av konvensjonens forarbeider. Opprinnelig ble det i 1978 fra polsk side fremsatt et forslag der barnets beste skulle være «the paramount consideration» - det viktigste eller styrende hensynet.<sup>17</sup>

Under høringen ble det fra USA i stedet foreslått «a primary consideration». Under menneskerettskomitéens diskusjon i 1981 kom det frem at flere delegater mente det polske forslaget var for vidtrekkende. Det ble påpekt at statene kunne ha tilsvarende høyverdige interesser som måtte kunne tas i betraktning. Komitéen sluttet seg derfor til formuleringen «a primary consideration», og det var dette som senere ble vedtatt.<sup>18</sup>

Barnekonvensjonen, som ble vedtatt på FNs generalforsamling 20. november 1989, ble ratifisert av Norge 8. januar 1991. Den ble inkorporert i menneskerettsloven ved lov 1. august 2003 nr. 86 med

---

<sup>16</sup> Innst. O. nr. 42 s. 26

<sup>17</sup> Njål Høstmælingen – Barnekonvensjon, barns rettigheter i Norge (2013)

<sup>18</sup> General comment No. 14 avsnitt 39, Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 135

virkning fra 1. oktober 2003. Ved dette ble konvensjonens bestemmelser ved motstrid gitt forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. På utlendingslovens område hadde konvensjonen imidlertid umiddelbar rettslig virkning fra ratifiseringen, gjennom lovens § 4, som bestemmer at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling.»<sup>19</sup>

Man kan fra dette lese at barnets beste kan veies opp mot innvandringsregulerende hensyn, selv i konvensjonens formål. Det er mange tilfeller hvor barnets beste ville vært å få opphold i Norge, særlig barn fra den fattigste delen av verden. I Norge ville de fått et bedre helse- og skoletilbud og barnet ville generelt fått det bedre om familien hadde fått innvilget oppholdstillatelse. Dette er et tilfelle hvor innvandringsregulerende hensyn ville hatt like stor, om ikke større, vekt enn hensynet til barnets beste. Dette på grunn av at det er mange barn som lever i de samme vanskelige kårerne.

Departementet har uttalt: «Etter at forvaltningen har tatt hensynet til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir ikke barnekonvensjonen artikkel 3 noe absolutt direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres. Motstående hensyn, som for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil derfor i utgangspunktet kunne tillegges like stor eller endog større vekt ... selv om hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn, vil det ikke være det eneste hensynet eller nødvendigvis det avgjørende hensynet i konkrete enkeltsaker.»<sup>20</sup>

Etter rettspraksis er barnets beste et grunnleggende hensyn, men ikke nødvendigvis avgjørende. I Rt.1993 s. 1591 fant Høyesteretts kjæremålsutvalg at lagmannsretten ikke hadde tolket barnekonvensjonen art. 3 feil når den hadde lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å legge vekt på andre momenter enn hensynet til barnets beste. Om barnets beste skal tillegges avgjørende vekt beror på en konkret avveining av ulike hensyn. Forvaltningen må uansett foreta en grundig vurdering av vedtaket. Ifølge stortingsflertallet er det krav at forvaltningen foretar:

«Grundige vurderinger av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at vurderingene fremkommer tydelig av vedtakene. Dette flertallet vil fremheve at det er særlig viktig at vedtakene synliggjør hvilke vurderinger som har vært foretatt i forhold til barns rettigheter, herunder barnets beste etter barnekonvensjon art. 3, og hvordan hensynet til barnet er vurdert i forhold til eventuelle motstridende hensyn.»<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> RT. 2009 s. 1216 avsnitt 31,32 og 33.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr.75

<sup>21</sup> Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

### 3.4 TILKNYTNING

Særlig tilknytning til Norge kan utgjøre «sterke menneskelige hensyn» i henhold til utl. § 38.

Den gamle utlendingsloven hadde en bestemmelse i § 8 andre ledd som lød: «Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene for ikke er oppfylt. Kongen kan fastsette nærmere regler ved forskrift.»

Ifølge Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) ga bestemmelsen anledning til å se bort fra både de materielle og prosessuelle vilkår for oppholdstillatelse i lovverket. Tilknytning skulle derimot henvendes med stor forsiktighet, anviste fremmedlovutvalget, for at unntaksbestemmelsen ikke skulle misbrukes og føre til et stort merarbeid med behandling av dispensasjonssaker. Praksis viser derimot at tilknytning har fått en sentral betydning som hjemmel for oppholdstillatelse i asylsaker, og at den også er hjemmel for mange tillatelser som gis i andre type saker. Dette henspiller at spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig tilknytning til riket for innvilgelse av en oppholdstillatelse først reises etter at den opprinnelige oppholdsgrunnlag har blitt vurdert, og vilkårene for asyl ikke er oppfylt.

Tilknytning til riket kan danne et oppholdsgrunnlag etter utl. § 38 som lyder «oppholdsgrunnlag på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.» I lovens andre ledd er det oppsatt momenter som er relevante i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Det kan blant annet legges vekt på om:

- a) Utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur.
- b) Det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket.
- c) Det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursitasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller
- d) Utlendingen har vært offer for menneskehandel.

Langvarig opphold i Norge er det som gir sterkest grunnlag for tilknytning til landet. I henhold til forarbeidene til utlendingsloven og forvaltningspraksis kan langvarig opphold i Norge tillegges vekt etter §38. Det gjelder både lovlig opphold som asylsøker og ulovlig opphold etter avslag. Det er slik at lovlig opphold tillegges større vekt enn ulovlig opphold. I utgangspunktet vil ikke langvarig ulovlig opp-

hold etter endelig avslag gi selvstendig grunnlag for en tillatelse. Det skal ikke kunne skaffes et oppholdsgrunnlag gjennom ulovlig opphold. Her mener lovgiver at det skal skilles mellom de som samarbeider om retur til hjemlandet og de som ikke gjør det.

Etter § 38 tredje ledd skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Generelt er terskelen for å gi opphold til barn lavere enn for voksne. Forskriftens § 8-5 nytt sjette ledd skal sikre at hensynet til barnets beste ivaretas i tilstrekkelig grad i avveining mot innvandringsregulerende hensyn. Det understrekes at utlendingsforskriften § 8-5 skal praktiseres innenfor rammene av utlendingsloven og Norges internasjonale forpliktelser, herunder Barnekonvensjon artikkel 3. Barnekonvensjonens art.3 første ledd lyder: «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legal bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.»

Forskriftens § 8-5 nytt sjette ledd tydeliggjør at et avslag må være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste, også der det foreligger tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Innvandringsregulerende hensyn vil ofte gjøre seg gjeldende i saker hvor familien fortsatt befinner seg i Norge lang tid etter endelig avslag.

Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv presiserer at det i noen tilfeller vil være uforsvarlig å gi avslag på en søknad om oppholdstillatelse, selv om foreldrene aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet.<sup>22</sup> Departementet sier videre at det er vanskelig å tallfeste en grense for hvor lang oppholdstid som må til for at barnets beste skal gå foran tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Vurderingen må alltid foretas konkret, men som tidligere omtalt bør oppholdstiden ses i nær sammenheng med barnets alder og sosialisering i Norge gjennom barnehage, fritidsaktiviteter, skole med mer. Det må også tas hensyn til barnets individuelle forhold. Dersom flere av momentene nevnt i første ledd taler for at tillatelse skal gis, kan dette tilsi at et avslag ikke kan anses forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste. Det vil si at en tillatelse bør gis uavhengig av hvilke innvandringsregulerende hensyn som foreligger. Dersom det ikke foreligger tungtveiende hensyn vil terskelen for oppholdstillatelse være lavere. Departementet understreker at det er viktig å opprettholde en ulik terskel for oppholdstillatelse for de tilfellene hvor foreldrene har henholdsvis medvirket til identitetsavklaring og passivt eller aktivt har motarbeidet identitetsavklaring.

---

<sup>22</sup> Justis- og Beredskapsdepartement rundskriv Nr. G-06/2014 14/7044



Departementet har også kartlagt hva som må vurderes når barnets beste kommer på tale. Det kommer fram at i vurderingen av hva som er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste, vil det være relevant å legge vekt på erklæringer om barnets situasjon fra fagpersoner som har spesialkompetanse på barn. Det understrekkes at det er utlendingsmyndighetene som avgjør om barnet skal gis oppholdstillatelse, men erklæringene kan være et viktig bidrag til å forstå barnets situasjon og til å kunne fastslå hva som er barnets beste.

Utlendingsforvaltningen må ha tilstrekkelig barnefaglig kompetanse for å kunne vurdere om et vedtak er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste. Det oppstilles likevel ikke krav om formell utdanning innenfor en barnefaglig profesjon for å kunne saksbehandle for utlendingsmyndighetene. Det må i fremtiden arbeides for at utlendingsforvaltningen har tilstrekkelig barnefaglig kompetanse, særlig i slike tilfeller som angår barn.

Det som kommer av statens egen uttalelse skal tillegges vekt av utlendingsforvaltningen. Det er ikke i strid med barnekonvensjons art. 3 eller utl. § 38 å returnere barn til deres hjemland, selv om de ville fått det bedre i Norge. Det som er i strid med både konvensjonen og loven er å returnere et barn uten å vurdere barnets totale livssituasjon og uten å vektlegge barnets beste som et grunnleggende hensyn.

### 3.5 INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN

Utl. §38 fjerde ledd lyder: «Ved vurdering av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn ...»

Så vidt det gjelder innvandringsregulerende hensyn og barn er utgangspunktet i Ot.prp.nr.75(2006-2007): «når vi er utenfor rammen for Norges internasjonale forpliktelser og spørsmålet ikke lenger gjelder beskyttelse mot framtidig fare, er det nødvendig å foreta en avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Som også Utlendingslovutvalget har fremhevet i sin utredning, er det ingen farbar vei å innvilge oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge enn det vi gjør i dag. For det første ville det ikke være et virksomt tiltak for å løse problemene i de deler av verden som asylsøkere reiser fra. Det sentrale virkemiddel for norske myndigheters innsats i forhold til vanskeligstilte befolkningsgrupper i den tredje verden, er bistandspolitikken»

Innvandringsregulerende hensyn er omtalt i utlendingslovens §38 fjerde ledd. De er blant annet: a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag (om det vil sette en presedens for andre søkere). B) de samfunnsmessige konsekvensene, c) hensynet til kontroll og d) hensynet til respekt for lovens øvrige regler.

Innvandringsregulerende hensyn er forankret i utlendingslovens §2 «loven gjelder utlendingers adgang til riket og deres opphold her.» Det er disse hensynene som påvirkere innvandringspolitikken. Forarbeidene til denne paragraf anviser følgende: «for at første gangs arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse skal gis til søker som nevnt i §4 og §5a, må verken utenrikspolitiske, sikkerhetsmessige eller innvandringspolitiske hensyn tale mot det ...»

Lovutvalget i NOU 2004:20 legger opp til at innvandringsregulerende hensyn skal ha en avgjørende betydning i skjønnsutøvelse av den generelle rimelighetsbestemmelse som er foreslått.<sup>23</sup> Det er i utlendingsforvaltningen viktig å ivareta den enkelte søkers rettssikkerhet og samfunnets uttrykte behov for kontroll. Disse hensynene er regulert gjennom lov, stortingsmeldinger og konsekvenshensyn. Stortinget har uttalt seg flere ganger om innvandring gjennom stortingsmeldinger. Det er beskrivelsen av innvandringspolitikken i stortingsmeldinger med tilhørende dokumenter som gir innhold til begrepet «i samsvar med norsk innvandringspolitikken».

I NOU 2004:20 uttaler lovutvalget seg slik: «I svært mange saker på utlendingsfeltet - både når det gjelder asylsaker og ellers - vil det kunne anføres sterke rimelighetsgrunner for at en utlending bør få opphold i Norge uten at de ordinære vilkårene for beskyttelse eller oppholdstillatelse for øvrig er oppfylt. Dette har naturlig sammenheng med at mange av dem som ønsker opphold i Norge er utlendinger som kommer fra vanskelige livsforhold i den fattigere del av verden, eller er utlendinger som har tilknytning til Norge gjennom familie. Samtidig er det opplagt at det ut fra innvandringsregulerende hensyn må gjelde klare begrensninger i forhold til hvilke rimelighetsgrunner som skal kunne anses tilstrekkelig tungtveiende for å innvilge opphold»

Det er skjønnsutøvelsen i utlendingsforvaltningen som her testes når det gjelder asylbarn. I samme NOU har lovutvalget uttalt seg om hensynet til barnets beste. Det må her presiseres at dette er utvalgets syn i året 2001, loven og retten har utviklet seg siden den gang. I 2001 uttalte de seg slik: «... Selv om hensynet til barnets beste skulle tilsi at barnet innvilges opphold i Norge eller at det ikke fattes vedtak om utvisning av for eksempel barnets far, er derfor ikke barnekonvensjonen i seg selv til hinder for at innvandringsregulerende hensyn likevel kan legitimere et avslag på opphold eller et vedtak om utvisning ...»

Det er i dag annerledes når hensynet til barnets beste skal vektlegges, i rundskriv til utlendingsforskriften §8-5 har Justis- og Beredskapsdepartement uttalt at «jo sterkere barnets tilknytning etter

---

<sup>23</sup> NOU 2004:20 ble oppnevnt av kongen 14. desember 2001. Og var lovutvalget som drøftet den nye utlendingsloven av 2008.

første ledd er, desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn».<sup>24</sup> I hovedsak videreføre forskriftsendringen gjeldende rett, endringen gjelder avveiningen av «mindre tungtveiende hensyn».

I departementets rundskriv er det tydeliggjort hvordan innvandringsregulerende hensyn bør vektlegges i dag. I saker som omhandler lengevarende barnefamilier har de anerkjent at det ofte er en utfordring at familiens identitet er usikker. Det kommer fram at det ikke alltid vil bli innvilget oppholdstillatelse selv om det foreligger «sterke menneskelig hensyn» eller «særlig tilknytning til riket».

Familier som aktivt motarbeider identitetsavklaring, og dermed også motarbeider retur, skal vanskeligere få oppholdstillatelse på grunn av barnas tilknytning til riket. Med aktiv motarbeidelse menes blant annet at foreldrene, etter ankomst til landet, har brukt falske identitetspapirer eller oppgitt falsk identitet. Dette anses som særlig tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Bakgrunn for endringen til denne form for skjønnsutøvelse er at det bør fremgå klarere av regelverket, det skal være et skille mellom de familiene som aktivt motarbeider avklaring av egen identitet og de som samarbeider med norske myndigheter om avklaring av egen identitet. Det skal være lettere for familier der foreldrene har samarbeidet om identitetsavklaring å få oppholdstillatelse i Norge som følge av barns tilknytning til landet.

Dersom foreldrene har sannsynliggjort sin identitet og vært «tilgjengelige» for tvangsretur (oppholdt seg på kjent adresse), bør ulovlig opphold og oversittet utreisefrist tillegges mindre vekt i avveiningen mot hensyn som taler for at barnet gis oppholdstillatelse i Norge.

Betydningen av innvandringsregulerende hensyn må vurderes i hver enkelt sak. Dersom et positivt vedtak vil bidra til å øke innvandring til Norge og utgjør en stor belastning for samfunnet, må det tillegges stor vekt. I et tilfelle der vedtaket ikke vil føre til noe større må den tillegges liten vekt. «Dersom det foreligger svært sterke humanitære hensyn eller en særlig sterk tilknytning, må innvandringsregulerende hensyn være desto mer tungtveiende for å kunne begrunne et avslag.»<sup>25</sup>

### 3.5.1 Domstolenes vurdering av barnets beste og innvandringsregulerende hensyn

RT. 2012 s. 1985 tar for seg flere viktige spørsmål om hvordan tolkningen av barnekonvensjonen art. 3 skal forgå. Dommer Webster uttaler følgende: «Generelt er rettsområdet preget av vanskelige av-

---

<sup>24</sup> Rundskriv Nr. G-06 14/7044 (08.12.2014)

<sup>25</sup> Vevstad (2010)

veininger av utpreget politisk karakter. Dette gjelder ikke minst for de to sentrale motstående hensynene i vår sak, nemlig hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Begge hensynene er gitt bred omtale i forarbeidene, som klart viser hvor vanskelig det er å avveie hensynet til det enkelte barnet mot innvandringsregulerende hensyn.» Om asylbarna vil disse hensynene by på en enda større avveining som påpekt i dommen, særlig i forhold der barnefamilier ikke får avklaring før det har gått lang tid. Dommeren viser til departementets egne uttalelser på dette punktet før hun legger til at barnet ikke skal «straffes» for å ha havnet i den situasjon de befinner seg i på grunn av foreldrenes valg.

Når det gjelder innvandringsregulerende hensyn presiserer dommeren: «Hensynet til barnets beste kan heller ikke ses isolert i forhold til det enkelte barn. Et vedtak som er til gunst for ett barn, kan føre til at andre barn blir utnyttet av foreldre som har et sterkt ønske om å sikre familien oppholdstillatelse.» Høyesterett støtter opp på forvaltningens praksis når det gjelder § 38, at kan det legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn med tanke på større innvandring som følge av vedtaket.

### 3.6 FORVALTNINGSPRAKSIS

Forvaltningspraksis for asylbarn kan bidra til å kaste lys på spørsmålet om tilknytning og hvordan spørsmålet vil bli behandlet i fremtiden.

Med tanke på innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste, er det nødvendig med en grundig og forsvarlig saksbehandling fra utlendingsmyndighetene før et vedtak om hvorvidt et asylbarn får være i Norge, eller om barnet skal utvises sammen med foreldrene. Vedtaksmyndighetene plikter å vurdere hva som ville vært til barnets beste isolert sett og å vurdere disse opp mot de innvandringsregulerende hensynene som måtte gjelde.

De fleste som søker asyl befinner seg allerede i riket, det er det som er utgangspunktet i forvaltningens saksbehandlingsregler. UDI har i et rundskriv lagt ned reglene om hvordan registrering og behandling av asylsøknader som gjelder barn som er født eller kommet til Norge etter at foreldrene har søkt om beskyttelse skal behandles.<sup>26</sup> Det er slik at barn som

---

<sup>26</sup> UDI rundskriv RS 2014-014

er født eller ankommet mens foreldrene sine saker er fortsatt til behandling skal registreres og saken skal behandles under ett for hele familien.

For barn som er født eller ankommet Norge etter at søknaden til foreldrene har blitt avslått av UDI, men ikke rukket å blitt klaget inn til UNE, skal UDI fatte et realitetsvedtak i barnets sak uavhengig av at foreldrenes sak har blitt avslått. UDI skal være særlig oppmerksom i saker der søkerne kommer fra områder der kjønnslemlestelse er vanlig. Videre, dersom barnet oppfyller kravene for opphold i Norge, skal UDI vurdere omgjøring av vedtektene i foreldrenes saker.

For barn som er født eller ankommet riket etter at søknaden til foreldrene har blitt avslått, og saken har blitt anket inn til UNE er saksbehandling er litt annerledes. Det er då forskjellige fakta i de to sakene; saksbehandleren i UDI skal kontakte saksbehandleren i UNE før UDI treffer et vedtak i barnets sak eller innhenter foreldrenes saker tilbake fra UNE. UDI og UNE kan dermed vurdere når eventuell tilbakeføring er hensiktsmessig, eller samordne saksbehandling. Dette for å unngå at UDI og UNE fattet beslutninger på samme sak basert på forskjellige faktagrunnlag. UNE kan ha igangsatt undersøkelser i foreldrenes sak og de kan ha fått eller venter på nye opplysninger. UDI bør være kjent med statusen i UNEs saksbehandling før UDI avgjør saken for barnet eller rekvirerer foreldrenes saker fra UNE. Tilsvarende bør UDI gjøre UNE oppmerksom på informasjon som har kommet frem under UDIs saksbehandling for barnet, dersom denne er av betydning for foreldrenes saker.

Den siste aktuelle problemstillingen er om barnet er født etter at foreldrene har fått et endelig avslag på søknad om asyl fra både UDI og UNE. Her vil det være flere momenter og vurdere. UDI må vurdere om familien faktisk ønsker å søke asyl for barnet eller ei. Vurderingstema vil her være om familien har søkt om frivillig retur etter avslaget fra UNE, om de ikke har gjort det, om de har sendt inn eller vurderer å sende omgjøringsbegjæring og om de kommer fra et område der kjønnslemlestelse skjer. Dersom UDI ser at det ikke er søkt oppholdstillatelse for barnet henlegges saken, hvis ikke skal søknaden realitetsbehandles. Før søknaden henlegges må saksbehandleren kontakte foreldrene eller foreldrenes advokat for å avklare om barnet har søkt asyl.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> [https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2014-014/#\\_Toc391379783](https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2014-014/#_Toc391379783) punkt 6.

I utgangspunktet skal saken avgjøres av UDI og ankes inn til UNE, men i noen tilfeller kan søkerens advokat bestemme å anke inn saken til retten. Retten vil her vurdere om det har skjedd saksbehandlingsfeil og om vedtaket må behandles på nytt. Fra forvaltningsretten vet vi at domstolene kan vurdere saker om asyl og kan utvise full skjønn og vurdere alle fakta etter utl. §28, men at de kan kun prøve forvaltningens saksbehandling etter utl. § 38. Når det er en søknad på humanitært grunnlag og det dessuten barnesak kan domstolene vurdere saken fullt ut.

I en sak avgjort av UNE og anket inn til Oslo tingretten ble det foretatt en avveining mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn.<sup>28</sup> Her ble en familie sendt tilbake til Jordan på grunn av at foreldrene hadde løyet lenge om sin identitet og UNE fant at det ikke var grunnlag for deres videre opphold i landet. Familien saksøkte UNE og hevdet at hensynet til barnets beste etter EMK. Art. 3 ikke ble tillagt den vekten det skulle. UNE anerkjente her at hensynet til barnets beste var tungtveiende og det isolert sett var til de 3 barnas beste at de fikk opphold i landet. Selv om hensynene til barnas beste tilsa opphold var de innvandringsregulerende hensynene som forelå i saken så tungtveiende at de hadde større vekt. At foreldrene hadde i så mange år løyet om identitet og gjort så mye for å bryte med utlendingsloven ble utslagsgivende. Denne synet ble støttet opp av tingretten i Oslo.

### 3.7 UDI PRAKSIS

Utlendingsdirektoratet har sin egen praksis som er verdt å ta med når det gjelder spørsmålet om asylbarna, og hvor avgjørende tilknytningen til riket for asylbarna bør være for at opphold skal tilkjennes.

Det er ikke fastsatt i loven hvor lang botid som må til for at et barn skal få opphold på grunn av botid, men UDI har i sine praksisnotater noen retningslinjer som skal være med å avgjøre hvor lang tid som regnes for å være lang tid. «Dersom barnet er født i Norge eller kom hit veldig ung, og siden har bodd flere år i landet, taler dette for fortsatt opphold. Hvis botiden er over syv år, skal det mye til for å avslå videre oppholdstillatelse.»<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> TOSLO-2014-39885

<sup>29</sup> UDI praksisnotat PN 2010-012

Det som stortinget og loven viser til er at det er flere momenter som må vurderes i selve spørsmålet om tilknytning. Tilknytning til Norge skal sammenlignes med hvor sterk tilknytning barnet har til sitt hjemland. UDI presiserer, «Botiden kan ikke alene begrunne rett til fortsatt opphold i Norge. Det må ses hen til barnets totale livssituasjon, herunder alder i oppholdsperioden, språk, skolegang, fritidsaktiviteter og andre momenter som tilsier at barnet har en særlig tilknytning til Norge. Hvis barnet i løpet av sin levetid har hatt hyppige og/eller lange opphold i hjemlandet og har mange nære slektninger der, er dette momenter som taler for at barnet har en sterk tilknytning til hjemlandet.»

En helhetlig vurdering av barnets livssituasjon skal foretas på hver enkelt sak. UDI legger til grunn at botid skal tolkes slik at barnet stiller sterkere. Selv om barnet har oppholdt seg i Norge ulovlig, så skal den tiden barnet har vært i Norge telle ved en vurdering av om botiden kan lage et oppholdsgrunnlag. «Hvor vilkårene for fornyet tillatelse på samme faktiske grunnlag ikke er til stede, men barnet har en særlig tilknytning til Norge eller det foreligger sterke menneskelige hensyn som tilsier at det gis fortsatt opphold, gis ny tillatelse i medhold av utlendingsloven § 38. Tillatelsen skal danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Dette gjelder selv om barnet tidligere ikke har hatt tillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse.»

Ved den helhetlige vurderingen som foretas av utlendingsforvaltningen må de legge til grunn lovens forskrifter, fordi de er pekepinnen på hva lovgiverens formål var. Særlig om tolkning om menneskelige hensyn og om tilknytning for barn, anvender utlendingsforvaltningen forskrift til lov om utlendinger §8-5.

Vilkårene for at et oppholdstillatelse kan gis etter denne forskriften er at det foreligger tilknytning til landet. Momentene som skal vurderes av myndighetene er nedlagt i første delen av loven. Disse vilkårene for tilknytning skal veies opp mot de innvandringsregulerende hensyn som kan gjøre seg gjeldende. Momentene som skal vurderes for at innvandringsregulerende hensyn skal gjelde er nedfelt i lovens andre del. UDIs jurister og saksbehandlere foretar en avveining mellom hvor mye av vilkårene som oppfylles og hvilken innvandringsregulerende hensyn som gjør seg gjeldende. Når det gjelder barn skal det videre legges vekt på hensynet til barnets beste.

I et intervju med en ansatt i Trondheims UDI kontoret om hvordan en sak som gjaldt en barnefamilie ble løst kom det fram noen interessante punkter.<sup>30</sup> På spørsmålet om hvilken vekt tilknytning til landet bar svarte den ansatte; «Det at et barn eller familie har særlig tilknytning til landet måtte vurderes konkret for hver tilfelle, lengre oppholdstid betydde ikke man nødvendigvis kom til å bli tilkjent

---

<sup>30</sup> Jurist hos UDI Trondheim. Kilden ønsket ikke å bli navngitt.

en oppholdstillatelse. Det er heller hvor godt integrert barnet og familien var til samfunnet, og hvilken interesse foreldrene viste i å komme seg i arbeid og stå på egne bein.» Det ble her vist til en sak hvor et barnefamilie ble utvist fra landet etter at de hadde oppholdt seg i landet i 15 år. Det kom også frem at når de behandler saken skal det alltid tas hensyn til de innvandringsregulerende hensyn. Det er derimot slik at når man har en viss tilknytning å virket som en person som ville klare seg godt i landet så var det vanlig at UDI fattet et positivt vedtak med mindre de innvandringsregulerende hensynene var for tungtveiende.

## 4 OPPHOLD SOM TILKNYTNINGSGRUNNLAG

---

For at et asylbarn skal bli tilkjent opphold i riket på humanitært grunnlag må de vilkårene som har blitt redegjort for ovenfor være til stede. Når noen søker asyl skal vilkårene som er fremsatt i Utlendingslovens § 28 være oppfylt. Om ingen av vilkårene er oppfylt skal utlendingsmyndighetene av eget tiltak vurdere om det foreligger grunnlag for opphold etter § 38.<sup>31</sup> UNE har i sitt praksisnotat av 29.09.2009 gjort klart at i deres vedtak skal det ved vurderingen av sterke menneskelig hensyn etter den gamle utlendingslovens § 8 annet ledd, legges særlig vekt på barns tilknytning til riket. Dette praksisnotatet er skrevet først og fremst med tanke på søkere som har hatt et langt opphold i riket.

### 4.1 LANGVARIG LOVLIG OPPHOLD

Vilkårene for opphold på humanitært grunnlag følger av utlendingsloven § 38 og dennes forskrifter. Det følger av lovens ordlyd at det kan gis oppholdstillatelse om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller om det foreligger særlig tilknytning til riket. Det er særlig spørsmålet om hvordan tilknytning kan danne et oppholdsgrunnlag som er aktuelt for denne oppgaven.

Når det gjelder tilknytning, har Hans Petter Graver skrevet «Fjerde ledd er hjemmel for en praksis om at når utlendingen aldri har hatt opphold med tillatelse eller tillatsen er gitt på uriktige forutsetninger, så ses det bort fra tilknytningen til Norge som er opparbeidet. Det er slått fast av Høyesterett i [RT. 2009 s. 534](#) at det ikke er uforholdsmessig å se bort fra slik tilknytning. På den annen side behøver ikke «innvandringsregulerende hensyn» bare bety hensynet til å begrense innvandringen. Det kan også bety hensynet til å få de rette innvandrere til Norge og å sikre at personer som kan bidra positivt til det norske samfunnet får bli. En slik forståelse ligger godt innenfor lovens ordlyd og kan dermed

---

<sup>31</sup> Jf. Utlendingsloven § 28, syvende ledd.



vanskelig være i strid med loven. Det kan derfor neppe være noe i veien for å endre praksis slik at også de med ulovlig opphold i Norge får rett til en individuell vurdering av sin tilknytning.»<sup>32</sup>

Det er òg andre vilkår som følger av utl. §38 som kan tilsi sterk tilknytning til Norge, blant annet den sosiale tilknytning og hvor godt integrert barnet er i samfunnet der det bor. Spørsmålet om lovlig eller ulovlig opphold vil også ha mye å si for hvordan myndighetene vil treffe et vedtak.

Når det gjelder et lenger lovlig opphold, har UNE truffet et vedtak i 09.2010 der et barn som var født i Norge mens moren studert og hadde oppholdt seg i riket i ca. 7 år ble tilkjent oppholdstillatelse, ettersom barnet var her på lovlig vis og hadde rukket å gått nesten 5 år av livet sitt på skole i Norge. Selv om klageren hadde et ulovlig opphold på 5 måneder etter at moren fikk et endelig avslag fra UNE på utvidet studievisum, ble ikke det ulovlige oppholdet tillagt vekt. Moren hadde samarbeidet med myndigheten hele veien og det ble gitt uttrykk for at dette talte i favør for å tilkjenne et videre opphold.<sup>33</sup>

## 4.2 LANGVARIG ULOVLIG OPPHOLD

Spørsmålet vil her være i hvilken grad et langvarig ulovlig opphold i Norge likevel kan gi grunnlag for en oppholdstillatelse etter norsk praksis.

Når noen oppholder seg i Norge uten at en er norsk statsborger, har fått en oppholdstillatelse eller visum -- då oppholder man seg i landet ulovlig. Når det gjelder ulovlig opphold så er det forvaltnings- og rettspraksis som avgjør hvordan hver enkelt sak skal løses og hvilken vekt denne skal tillegges. Utl. § 38 utdyper ikke hva som ligger i «særlig tilknytning til riket», heller ikke rettstilstanden ved opparbeidelse av slikt.

I et praksisnotat fra UNE, 22.09.2009, «Betydningen av lang oppholdstid i Norge», redegjør UNE for sin praksis i ulike sakstyper der lang oppholdstid i riket er et sentralt moment. Notatet ble utarbeidet med henvisninger til den gamle utlendingsloven, men notatet er egnet til å belyse den materielle vurderingen foretatt av forvaltningen. UNE gjør det klart at både lovlig opphold i forbindelse med behandling av saker og ulovlig opphold normalt tillegges liten vekt i vurderingen, men at lovlig opphold ofte taler i søkerens favør. Det gjøres samtidig et klart unntak fra denne hovedregelen i saker som berører barn.

---

<sup>32</sup> Graver, Hans Petter- Merknad for utlendingsloven § 38.

<sup>33</sup> Referanse: N103638114

Det er særlig når det foreligger «sterke menneskelige hensyn» at betydningen av at man har oppholdt seg ulovlig i riket kan tillegges mindre vekt. Ved utarbeidelse av utl. § 38 ble det foreslått en endring i ordlyden på loven, fra å bruke begrepet «sterke menneskelige hensyn» til en formulering som ville tilsi opphold med mindre det ville være «urimelig» å nekte opphold. Denne endringen ble ikke tatt til følge, ettersom departementet kom til at den eksisterende ordlyd gav best uttrykk for hva som var og fortsatt ville være det sentrale vurderingstema.<sup>34</sup>

Søkerens tilknytning til riket skal foretas etter en helhetligvurdering, dette fører til at utfallet beror på hvilken innvandringsregulerende hensyn som kan gjøre seg gjeldende i den konkrete saken. Det er også slik at oppholdstiden opparbeidet under behandling av saker og ulovlig opphold etter endelig avslag på søknad normalt skal tillegges mindre vekt. Praksis tyder derimot på at lovlig opphold under behandling av saker oftere får mer vekt enn ulovlig opphold etter endelig avslag. Den som får et endelig avslag etter §28, kan fortsatt få en oppholdstillatelse etter § 38 på utlendingsnemndas anmodning om de vilkårene som følger av utlendingsforskrift § 8-7. Det som er særlig tungtveiende når det gjelder om et lenger ulovlig opphold skal vurderes, er hvilken samarbeids grad og hvor mye søkeren etter å ha fått endelig avslag har medvirket om mulig retur.

For søkere som ikke samarbeide om retur vil innvilgelse av en midlertidig oppholdstillatelse være problematisk og vanskelig la seg gjennomføre. Dette er også et stort problem for utlendingsmyndighetene, særlig i disse dager når det er stor oppmerksomhet om forholdene på for eksempel Trandum utlendingsinternat. Mennesker bør ikke behandles slik, men det er mange av de som sitter inne på Trandum som har prøvd å gjemme seg fra politiets utlendingsenhet og gjort det så vanskelig som mulig og iverksette en tvangsretur til hjemlandet. Når søkeren ikke vil muliggjøre sin retur er det ingen hjemmel for en midlertidig oppholdstillatelse.<sup>35</sup>

Grunnen til at forskjellige søkere ikke vil samarbeide om retur til sine hjemland kan være ulike, departementet anerkjenner at det kan være alvorlige traumaer fra sine hjemland eller deres generell sikkerhet ved retur. De slår videre fast i den samme proposisjonen at særlig i tilfeller hvor foreldrene ikke makter å takle situasjonen, er det barn som blir størst skadelidende og at det i et slikt tilfelle er viktig å understreke at barna selv er uskyldige i den aktuelle livssituasjonen. Hensynet til barna kan tilsi at selv om foreldrene ikke har medvirket til en mulig retur, vil det være aktuelt å gi en formalisert midlertid oppholdstillatelse.

---

<sup>34</sup> Ot. Prp. Nr. 75 (2006-2007)

<sup>35</sup> Ot.prp. nr.75 s. 166

Selv om hensynet til barnas beste tillegges betydelig vekt i slike saker, er det ingen sted i forskriften som åpner for en forandring i loven som kan gi hjemmel for å tilkjenne søkere som ikke samarbeider om retur en oppholdstillatelse. Forvaltningen er derimot ikke forhindret i fra å innvilge en oppholdstillatelse i et tilfelle hvor spesielle hensyn gjør seg gjeldende og hvor det anses skjønnsomt å innvilge en oppholdstillatelse. Den forrige regjeringen slo fast i en stortingsmelding at de fleste asylbarn som har opparbeidet seg tilknytning til riket, har dette skjedd under et ulovlig opphold.<sup>36</sup> De presiserer videre at innvandringsregulerende hensyn ikke skal tillegges for mye vekt når det gjelder barn allikevel. Dette for at asylbarna for det meste ikke har medvirket i at de har vært her på et ulovlig grunnlag.

Det som er en gjenganger når det gjelder et ulovlig opphold er at det generelt skal slås hardt ned på, og innvilgelse av en oppholdstillatelse skal være vanskelig å bli tilkjent. Unntaket fra denne hovedregelen er når det gjelder barn. Hensynet til barnets beste og tilknytningen barna har til Norge skal tillegges vekt både om oppholdet er lovlig eller ulovlig. Barna skal ikke måtte lide for foreldrene sine valg, ettersom de skal anses som uavhengige personer i vurderingen. Innvandringsregulerende hensyn skal anvendes meget forsiktig når de veies opp mot hensynet til barnets beste.

#### 4.2.1 Ny avtale om lengeværende barn

Den 08.04.2015 har regjeringspartiene blitt enige om en ny avtale som omhandler lengeværende asylbarn.<sup>37</sup> I den nye avtalen er det framlagt at barnefamilier som hadde oppholdt seg i over 4 år i Norge og blitt tvangs returnert til sine hjemland skal kunne få saken prøvd på nytt. 4,5 år er retningsgivende i dag for hvor lang oppholdstid som skal tillegges særlig vekt, det skal litt til å avslå søknad om oppholdstillatelse for asylbarn som har vært i landet i så lang tid. I den nye avtalen er det satt fram forslag om at alle barn som hadde oppholdt seg i Norge i 4 år eller mer måtte få saken avgjort på nytt, dette reiser spørsmålet om fremtidig forvaltningspraksis kommer til å operer med denne grensen. Denne avtalen vil få tilbakevirkende kraft for alle familier som hadde blitt sendt ut fra landet mellom 1.juli 2014 fram til og med 18.mars 2015. Det ble også innført en utsettelse av iverksetting av saker for barn som hadde oppholdt seg i Norge i mer enn 4,5 år, og for de som ikke hadde fått vurdert saken etter at endringene i utlendingsforskriftens § 8-5 trådte i kraft 8. desember 2014.<sup>38</sup> Det har blitt fattet noen vedtak etter den nye avtalen, men det foreligger ikke en redegjørelse/oversikt

---

<sup>36</sup> St. mld. 27 (2011-2012) s. 55 og 56

<sup>37</sup> Pressemelding Nr:26-2015

<sup>38</sup> Rundskriv Nr. GI-04/2015

over praksis fattet etter forskriftsendringen. Det vil bli spennende å se hva som skjer med lengeværende asylbarn nå som instruksene er så tydelig, og om det vil bli operert med en grense på 4 år når lang oppholdstid er det eneste momentet i vurderingen.

#### 4.3 TILKNYTNING TIL NORGE OPP MOT TILKNYTNING TIL HEIMLANDET

«Særlig tilknytning til riket» har et selvstendig innhold jf. Ot.prp. Nr. 75(2006-2007) s. 153 og 420, tilatelse kan gis selv om det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn, forutsatt at tilknytningen er særlig sterk. Dette kan være gjennom slektskap eller andre vilkår som kan vise at den personen har en tilknytning til Norge.<sup>39</sup>

Tilknytning vurderes opp mot hverandre særlig når det gjelder barn. Det er flere måter et barn kan ha sterk tilknytning til riket, og begge skal veies opp mot hverandre hvor andre hensyn enn tilknytning ikke vil spille et betydelig rolle. Om barnet har bodd i Norge i lenger tid og kan norsk og har laget sosiale bånd så kan det tale for at barnet har sterk tilknytning. Men om barnet ville hatt grunnlag for opphold mens foreldrene allikevel skulle utvises, vil spørsmålet om barnet har det bedre i Norge uten foreldrene og søsken eller ei.

Oppholdstillatelse for Asylbarn kan ses sammen med utlendingslovens § 42 som regulerer oppholdstillatelser for barn generelt. Dette gjelder særlig spørsmål som for asylbarn der familien enten har fått oppholdstillatelse eller har fått avvist. Der foreldrene har fått oppholdstillatelse har barnet rett på oppholdstillatelse. At en av eller begge foreldrene har oppholdstillatelse i Norge vil danne et veldig sterkt tilknytningsgrunnlag. Men om det bare er en foreldre som har opphold i Norge er det nødvendig og hente samtykke fra den andre foreldre om barnet skal få oppholde seg i riket, der det er mulig å innhente samtykket.

Familie er det tilknytningsgrunnlag som gir sterkest og rettsstilling for barnet. Dersom familien er den eneste eller viktigste tilknytning skal søknaden vurderes etter reglene om familieforening. Og selv om tilknytning inngår i vurdering av sterke menneskelige hensyn, understreker forarbeidene til utlendingsloven at det er et selvstendig vilkår.

I NOU 2004:20 s.266 kommer det fram at: «Det kan videre være aktuelt å innvilge opphold i tilfeller hvor søkeren har særlig tilknytning til Norge. Dersom det er familierelasjonen som er det

---

<sup>39</sup> Jf. Vevstad, Vigdis- Utlendingsloven kommentarutgave.

eneste eller det vesentlige tilknytningsforhold, skal saken vurderes etter bestemmelsene om familieinnvandring.»

Det andre når det gjelder familie, er en situasjon hvor et asylbarn søker asyl som mindreårig. Den generelle utgangspunktet etter fast og langvarig forvaltningspraksis er at barnet skal få opphold i Norge. De blir ikke returnert til hjemlandet<sup>40</sup>, dette kan bare skje hvis de har foreldre eller andre personer i hjemlandet som kan gi forsvarlig omsorg ved retur. Det er derfor viktig at forvaltningen veier opp tilknytning til familie i Norge og i hjemlandet. Spørsmålet videre vil være hvem som kan anses som en forsvarlig omsorger i hjemlandet?

Departementet har i Ot.prp. nr.75 s.157 lagt til grunn at det i utgangspunktet er foreldre, slektninger og barnevernsinstitusjoner som kan anses som omsorgspersoner. Det er praksis at hver enkelt sak vurderes og løses på de forholdene som er aktuell for hver enkelt. Det vil reises spørsmål om muligheten for å finne omsorgspersoner for hver enkelt barn og situasjonen for barnevernsinstitusjoner i landet hvor barnet kommer fra. Når det gjelder å sende barn til en barnevernsinstitusjon har departementet bemerket følgende: «Blant annet må dette avklares med barnevernmyndigheter i det aktuelle returland mv. I praksis vil det normalt være en forutsetning at barnet kan returneres til foreldrene eller til andre voksne som hadde den daglige omsorgen for barnet før utreisen. I noen tilfeller har en opplevd at foreldrene har uttalt at de vil nekte å ta tilbake omsorgen ved retur. Det har også forekommet at omsorgspersoner i hjemlandet har gått i dekning før retur finner sted. Etter omstendighetene kan dette være et forsøk på å skape en situasjon som skal gi barnet opphold i Norge uten at det ellers er grunnlag for oppholdstillatelse. Norske myndigheter kan i denne sammenheng som klart utgangspunkt ikke la det være avgjørende hvordan foreldrene eller andre med omsorgsansvar stiller seg. I slike tilfeller kan det være aktuelt å inngå avtale med barnevernsmyndighetene i barnets hjemland for å sikre et omsorgstilbud i forbindelse med en retur dersom foreldrene eller andre med omsorgsansvar nekter å motta sitt eget barn eller (midlertidig) ikke kan oppspores.»

Departementet har lagt til grunn at barnets beste ville vært å være sammen med familien, det er også på grunn av innvandringsregulerende hensyn at man ikke vil la foreldrene nekte å ta tilbake barnet. Det som skjer om barnet får opphold i Norge er at om noen få år kan barnet søke om familiegjenforening. Myndighetene står ofte overfor et dilemma i slike tilfeller. En slik handlemåte fra foreldrene bør ikke premieres på den ene siden men på den andre siden vil humanitære hensyn tale for at både barnet og foreldrene bør få bli på grunn av barnets utvikling og tilknytning til Norge. Barnet bør ikke lyde på grunn av foreldrenes valg. En slik situasjon har ført til at barnet har blitt returnert til

---

<sup>40</sup> Jf. Ot.prp. nr.75 s.420.

hjemlandet, gir man foreldrene opphold, kan det føre til at andre foreldre gjør det samme med sine barn. Jeg kommer tilbake til dette punktet litt lenger fram.

Hvis søkeren er mellom 16 og 18 år som søker opphold i Norge, der eneste oppholdsgrunnlag er at han mangler omsorgsperson i hjemlandet, kan han få en tidsbegrenset tillatelse inntil han/hun fyller 18 år. Etter søkeren fyller 18 år er utgangspunktet at han skal returnere til hjemlandet. Tillatelse kan ikke fornyes. Tanken bak denne ordningen er at søkeren har sterkere tilknytning til hjemlandet enn dem har til Norge og kan returnere dit når de er myndige. Reglene gjelder kun for søkere mellom 16 og 18 år ved førstegangstillatelse. Fikk søkeren en oppholdstillatelse som følge av menneskelig hensyn etter § 38 da han var 14 år, kan han ikke gis en begrenset tillatelse når han fyller 16 år og skal fornye tillatelsen. I så fall kunne alle mindreårige miste sin tillatelse når de fylte 18 år.

Den andre momentet som må vurderes når det gjelder tilknytning til Norge mot tilknytning til hjemlandet er de sosiale og humanitære forhold. Etter § 38 andre ledd bokstav c kan «sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen» tillegges vekt i vurderingen om barnet skal få opphold i Norge. Dette gjelder blant annet fattigdom og mangel på arbeid i fremtiden, bolig og helsetilbud i hjemlandet. Den klare utgangspunktet er at humanitære problemer alene ikke gir et grunnlag for opphold. Her vil innvandringsregulerende hensyn veie mer vekt i og med at slike problemer rammer svært mange mennesker i verden og kan åpne for stor innvandring til Norge. Det er også slik at det er bedre å løse grunnleggende fattigdomsproblemer ved å gi bistand i hjemlandet enn opphold i Norge.<sup>41</sup>

Det skal mye til for at et barn som har omsorg i hjemlandet og begrenset tilknytning til Norge skal få opphold kun på grunn av de humanitære problemer som kan kunne ramme barnet ved retur til hjemlandet. Ved naturkatastrofer i hjemlandet kan noen søkere få opphold på et begrenset tid.

#### 4.3.1 Myndighetenes vektlegging

At tilknytning mellom Norge og hjemlandet skal veies opp mot hverandre er gjeldende rett, men tolkningen kan være ganske forskjellig. Det skal foretas en vurdering i hver enkelt sak men det skal være en konsekvent saksbehandling, men vektleggingen av de forskjellige hensyn skal være lik. Det er gjort at et vedtak kan sette en presedens. Vektleggingen av tilknytning til Norge mot hjemlandet er særlig vanskelig i saker som gjelder tilknytning til familiemedlemmer.

---

<sup>41</sup> Daværende justisminister Knut Storberget påpekte i et innlegg i Dagbladet 30. Desember 2009 at det ikke var ønskelig å gi vesentlig flere personer opphold på humanitært grunnlag etter ny lov, bl.a. fordi det ikke er «et virksomt tiltak for å løse problemer i de deler av verden som asylsøkere reiser fra. Det sentrale virkemiddelet for norske myndigheters innsats i forhold til vanskeligstilte befolkningsgrupper i den tredje verden er bistandspolitikken.»

#### 4.3.2 RT. 2013-449

Saken gjelder en familiegjenforening men dommen tar for seg flere spørsmål som kan belyse hvor stor vekt tilknytning til riket skal tillegges. Det er også tatt standpunkt på spørsmålet om barnets beste, og når hensynet til barnets beste opphører. Det er disse som analyseres her.

Det var i RT. 2013-449 sak mellom de norske myndighetene v/utlendingsnemnda og en familie som tidligere hadde hatt bosettingstillatelse men som seinere hadde reist tilbake til Pakistan. Barna ble født i Norge i 1987, 1989 og 1991 og bodde i Norge frem til 1997 når de skulle reise tilbake til Pakistan for å ta noen tid på skole der. Mannen i familien, som hadde hatt den originale tillatelsen og hadde søkt om familiegjenforening med sin kone døde brått i 2003. Familien kom seg tilbake til Norge på 90 dagers visum og søkte straks oppholdstillatelse på nytt. UDI avsto søknaden og anken ble ikke tatt til følge av UNE. Her ble barnas søknad avslått selv om de er født i Norge og hadde tilbrakt en god del av sine tidlige år i Norge.

Utlendingsnemnda har bemerkt i saken at selv om familien kom tilbake i 2004 og hadde rukket å få tilknytning til Norge gjennom skolegang, arbeid og sosial omgang med annen familie og venner. Utlendingsnemnda, gjennom vedtektene, viser at familien måtte anses som godt integrert i det Norske samfunn, men dette ble tillagt liten vekt fordi tilknytningen i hovedsak var etablert under opphold uten lovlig tillatelse. Her ble ikke barnas tilknytning til riket tillagt større vekt enn foreldrenes unnvikende holdning til utvisningsvedtaket. Det ble i denne sak tillagt større vekt på at tilknytningen ble etablert under en ulovlig opphold. UNE i sin begrunnelse for avslag på søknad om oppholdstillatelse anførte følgende: «Klageren og barna kommer fra samme land. Barna anses alle å ha tilknytning til hjemlandet gjennom tidligere botid og familietilknytning, herunder mor og hennes familienettverk for øvrig. Det vises herunder til at de eldste barna, som i dag er hhv. vel 23 år, snart 21 år og snart 19 år, for 6 ½ år siden bodde i Pakistan i ca. 7 år og at de alle har gått på skole der. De kan språket og kjenner landets kultur.

Det minste barnet ble født i Pakistan og bodde der frem til hun var vel 6 år. Etter det har hun bodd i Norge. Hun er i dag snart 12 år og 9 måneder. Selv om hun har lang botid og tilknytning til Norge via skolegang, venner og aktiviteter, anses hun for å ha like sterk tilknytning til Pakistan. Det er da sett hen til at hun returnerer med sin mor og tre søsken til et land alle har nær tilknytning til, er statsborgere av og har familietilknytning via klageren»

Det spørres om hvordan rundskriv G-06/2014 vil innvirke i fremtidig rettspraksis. Der har staten anført at barnets tilknytning burde vurderes konkret, men oppholdstiden burde ses i nær sammenheng med barnets alder og sosialisering i Norge, gjennom blant annet barnehage, fritidsaktiviteter, skole mv. Barnets alder ville talt imot de eldste barn selv om de kun hadde bodd i Pakistan i 6 av sine hhv.

23,21 og 19 år. Men yngste barnet hadde bodd i Norge i 6 av sine 12 år. Her ble det vektlagt at barnet hadde større tilknytning til Pakistan enn til Norge og hun ville blitt bedre tjent med å reise tilbake. Det ble sett hen at hun returnert med sin mor og tre søsken til et land der alle hadde nær tilknytning til, er statsborger av og har familietilknytning.

Utlendingsnemnda ble saksøkt av familien og saken kom eventuelt frem til høyesteretten. Høyesteretten sto fritt til å prøve myndighetenes skjønnsutøvelse ettersom det gjaldt barn. Høyesteretten fikk prøve UNEs vedtak og at de la til grunn at barnet hadde like sterk tilknytning til Norge som hun hadde til Pakistan. Både Høyesteretten og lagmannsretten mente at dette var uriktig. Høyesteretten var enig med nemndas vurdering at barnet ville vært tjent best med å reise tilbake til Pakistan med moren og resten av familien, det ville vært annerledes om noen i familien hadde fått innvilget opphold. Det ble derimot spørsmål om de innvandringsregulerende hensyn ville veier tyngre her, det blir lagt vekt på at om barnet fikk oppholdstillatelse måtte moren og de andre barn som allerede var myndig også få oppholdstillatelse. Om dette heter det:

«Å premiere slike grove brudd på utlendingsloven ved å gi en hel familie, inkludert mor og tre barn over 18 år, tillatelse i Norge alene grunnet i at ett av fire barn er mindreårig og kan sies å ha tilstrekkelig tilknytning til Norge, vil etter flertallets syn gi uheldige signaler. Konsekvensene ved en slik avgjørelse vil være at andre oppfordres til å gjøre likedan. Det vil igjen si at faren for at barn utnyttes ved å gi dem en barndom tuftet på usikkert oppholdsgrunnlag for å sikre seg og familien opphold i Norge vil kunne øke.»

Høyesteretten fant under dissens her at i dette punktet ble hensynet til barnets beste forsvarlig vurdert mot innvandringsregulerende hensyn. Flertallet fant at utlendingsmyndigheten hadde gjort en riktig anvendelse av utlendingslovens § 38. Mindretallet hadde derimot en svært spennende forståelse av hva tilknytningen til Norge før og etter de 6 årene på skole i Pakistan. Dommer Endresen påpeker at: «Et barn som er født i Norge, av foreldre som ikke har lovlig opphold her, og som har vokst opp her i landet de første 17 ½ år av sitt liv, på samme måte som ungdommer flest, vil normalt uten videre bli innrømmet oppholdstillatelse. Dersom søknad om oppholdstillatelse blir inngitt så sent at vedtak først kan treffes etter at barnet har fylt 18 år, fører en slik konsekvensbetraktning til at det at barnet har bodd her i landet i sine første 18 første leveår, blir rettslig sett irrelevant ved bedømmelsen av tilknytningen til Norge.

(131) En slik forståelse av utlendingsloven § 38 gir etter mitt syn en så vidt dramatisk mangel på sammenheng i regelverket at den ikke kan legges til grunn. Den tilknytning barnet har fått ved å vokse opp her, kan ikke anses bortfalt i det øyeblikk myndighetsalder inntreffer. De særlige regler i utlendingsloven § 38 tredje ledd får ikke anvendelse, men den opparbeidede tilknytning forblir en realitet, som



må inngå i vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt. Dette innebærer at Utlendingsnemnda skulle tatt hensyn til at B, C og D var henholdsvis 16 ½, 14 ½ og 12 ½ år da de kom tilbake til Norge i desember 2003. De tre opparbeidet som barn ytterligere tilknytning til Norge. Da andre opphold i Norge varte i 5 ½ år før han ble myndig.»<sup>42</sup>

Både flertallet og utlendingsmyndighetene har lagt til grunn at de barna som var i Norge før de hadde blitt myndig og oppholdet deres i riket som barn hadde fått mindre vekt. Flertallet som har valgt å ikke prøve skjønnsvurderingen til personer B, C og D ettersom de var myndige på tidspunktet. Flertallet har anført at: «Før jeg ser på spørsmålet om urimelighet, må det bemerkes at jeg ikke kan se at det ved nemndas vurdering skulle ha vært tillagt særlig vekt at Bs, Cs og Ds ulovlige opphold i Norge etter 2003 ble opparbeidet mens de ennå var barn i barnekonvensjonens forstand; for Ds del i nesten hele perioden. Selv om tilknytning opparbeidet som barn ikke opphører ved myndighetsalder, skal hensynet til «barnets beste» først og fremst verne barn fordi de er barn, og ikke interesser de har opparbeidet som barn. I motsatt fall blir den praktiske konsekvens lett at hensynet til «barnets beste» får rekkevidde langt ut over den periode vedkommende er barn i rettslig forstand. Det kan ikke være meningen.»

Etter utlendingsnemndas og Høyesteretts vurdering så hadde barna tilstrekkelig tilknytning til hjemlandet, og de innvandrings regulerende hensyn måtte gjøre seg gjeldende. De hadde forskjellige grunnlag for tilknytning både til Norge og til utlandet, noen hadde oppholdt seg i Pakistan mens den yngste hadde tilknytning til familie som skulle reise tilbake dit. Tilknytning til familie ble tillagt avgjørende vekt i vurdering på hva som ville være barnets beste.

## 5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

---

Ved vurderingen om asylbarnas tilknytning til landet kan danne et grunnlag for oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, ligger det til forvaltningen og utlendingsmyndighetene å fatte et vedtak. Det skal fattes vedtak etter en vurdering av om det foreligger «sterke menneskelige hensyn», eller om barnet har «særlig tilknytning til riket» jf. Utl. § 38. Det grunnleggende hensynet når en vurdering skal foretas for asylbarna er hensynet til barnets beste, et hensyn som har folkerettslig forankring i barnekonvensjonens art. 3. Det skal allikevel foretas en vurdering av de motstridende hensyn, hovedsakelig innvandringsregulerende hensyn, som også tillegges vekt etter den enkelte vurderingen. Det

---

<sup>42</sup> RT. 2013-449 avsnitt 130 og 131.

er de enkelte momentene i hver individuell sak som vil være avgjørende i avveining om et vedtak om opphold avgjøres positivt eller negativt for søkeren.<sup>43</sup>

Forvaltningens skjønnsutøvelse er noe som har vært gjenstand for samfunnsdebatt, og det er noe som trolig fortsatt kommer til å bli diskutert bredt. De siste rapportene fra UNE viser derimot at utlendingsmyndighetene har myknet opp når det gjelder skjønnsutøvelse, for å kunne oppnå en mer konsekvent gjennomføring av lovverket. Dette for at lovgivers intensjon skal gjenspeiles i avgjørelsen.<sup>44</sup>

Det at den konkrete behandlingen av barnets beste skal ligge i forvaltningens frie skjønn, og at den etter RT. 2009 s.1261 er unntatt fra domstolenes prøvingsrett, er noe som kan reise spørsmål i debatten om hvordan disse barna skal behandles. Det er avgjort i plenumsdommene av desember 2012 at domstolene kan prøve fullt ut om forvaltningen har anvendt loven riktig, og om hensynet til barnets beste er tillagt vekt. Det er etter min mening viktig at myndighetene er så sikre som mulig på at det er til barnets beste å sende det til et annet land der de kan møte en usikker fremtid før et endelig vedtak kan fattes.

Det er hjerteskjærende når en leser om den unge jente Shaimaa som ble tvangs returnert til Jemen, et land som er herjet av en blodig borgerkrig. Det er i slike tilfeller en undrer på om det hadde vært annerledes dersom domstolene måtte prøve forvaltningens skjønn om barnets beste. Det er en vanskelig avveining mellom de innvandringspolitiske hensyn og hensynet til barnets beste. Det er slike vanskelige avveininger som fremtidig praksis vil bygges på. Det er ikke vårt ansvar og ta inn alle som fortjener en trygg og god oppvekst, det ville heller ikke vært mulig. Det er forsvarlighetsvurderingen som utlendingsmyndighetene foretar seg som vil avgjøre hvem og i hvilken tilfelle et barn kan få opphold.

Asyl- og innvandringsretten står overfor vanskelige problemstillinger, noe den ikke er alene om. Derimot sier måten vi behandler de mest sårbare i samfunnet på mye om samfunnet vi lever i. Mennesket har hjulpet og beskyttet de i nød i mange tusen år, men er det nå slik at utvikling av menneskeheten går i retning av at alle skal holde seg til de land de er født i, dersom de ikke har noe de kan bidra med i landet der de søker asyl? UNHCR påpeker at:

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr.75 (2006-2007)

<sup>44</sup> UNE (2013) punkt 2

*«The Practice of granting asylum to people fleeing persecution in foreign lands is one of the earliest hallmarks of civilization. References to it have been found in texts written 3,500 years ago, during blossoming of the great early empires in the Middle East such as Hittites, Assyrians and ancient Egyptians. »<sup>45</sup>*

Målet med denne avhandlingen har vært å kunne fremstille juridisk hvordan et barn med foreldre som tidligere har gjort noen feilvalg i jakten på et bedre liv stiller seg rettslig, og hvilke muligheter de har for et videre opphold i Norge. Det er særlig de asylbarna som er født i Norge og har bodd her hele sitt liv som vekket interessen min for dette rettsområdet og temaet. Det jeg har funnet gjennom denne avhandlingen har bekreftet mye av det jeg trodde på forhånd. Norge som rettsstat vil ikke sende noen til et land der de kan møte døden eller umenneskelig behandling, samtidig som det er utarbeidet lovverk og tiltak som gjør at det kun er de mest sårbare som kan få opphold her og begynne et nytt liv her. Det er selvsagt at Norge som en demokratisk stat må lytte og håndheve hele samfunnets ønsker. Det finnes de som vil åpne grensene for alle som treng hjelp, mens på den andre siden finnes det de som vil stenge grensene for all slags innvandring. Det som er praksis i dag er at de hensynene som taler for opphold, må avveies mot hensynet til en kontrollert og regulert innvandring. Asylbarn som oppfyller vilkårene som fremsatt i loven vil ha en sterk rettsstilling for et videre opphold, mens innvandringsregulerende hensyn vil gjøre seg gjeldende der tilknytningen anses å ikke være sterk nok.

## 6 LITTERATURLISTE

---

### 6.1 LOVER OG FORSKRIFTER

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286

FN-Konvensjon om barns rettigheter – 20. November 1989

Flyktningkonvensjon (FN) – 28. Juli 1951

---

<sup>45</sup> UNHCR, Flowing across Borders.

## 6.2 FORARBEIDER OG INSTRUKSER

Ot.prp.nr 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Rundskriv G-06/2014 – Justis- og beredskapsdepartement

Rundskriv G-04/2014- Justis- og beredskapsdepartement

NOU 2004:20

Stortingsmelding nr. 27 (2011-2012)

## 6.3 NASJONALT RETTSPRAKSIS

RT. 2009 s. 1932

Rt.2013 s. 449

TOSLO-2014-39885

RT. 2012 s. 1985

## 6.4 JURIDISK LITTERATUR

Øyen, Øyvind Dybvik - Lærebok i Utlendingsrett (2013)

Einarsen, Terje - Utlendingsloven med kommentar (2008)

Vevstad, Vigdis - Utlendingsloven, kommentarutgave. (2010)

Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg- Barnekonvensjonen 2. utgave (2012)

## 6.5 JURIDISK ARTIKLER

Graver, Han Petter- I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. (02-03/2006) s. 220

«Flere enn tusen asylbarn i Norge» - Kommunal rapport av NTB (16.03.2012)